

Alexandre Botelho

**CONSTRANGIMENTO DEMOCRÁTICO AO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL:
O REFERENDO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Florianópolis

2018

Alexandre Botelho

**CONSTRANGIMENTO DEMOCRÁTICO AO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL:
O REFERENDO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito. Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

BOTELHO, Alexandre

Constrangimento democrático ao Supremo Tribunal Federal: o referendo como instrumento de contenção no controle concentrado de constitucionalidade / Alexandre Botelho; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, 2018.

373 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Constitucionalismo. 3. Controle de constitucionalidade. 4. Democracia. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Alexandre Botelho

**CONSTRANGIMENTO DEMOCRÁTICO AO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL:
O REFERENDO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO NO
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Esta tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
UFSC – Presidente

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
UFSC – Membro

Prof. Dr. José Sérgio da S. Cristóvam
UFSC – Membro

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
UNIVALI – Membro

Profa. Dra. Milena Petters Melo
FURB – Membro

Profa. Dra. Priscilla Camargo Santos
UEPG – Membro

Prof. Dr. Flávio Pansieri
PUC/PR - Membro

Florianópolis, 19 de outubro de 2018.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr.
Coordenador do PPGD

Para Fernanda, amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa é muitas vezes uma atividade solitária, mas que não se concretiza sem o auxílio e a colaboração de muitas pessoas. Por essa razão, quero agradecer a todos aqueles que, com maior ou menor intensidade, contribuíram para a realização deste trabalho.

Início os agradecimentos por minha família. Agradeço minha esposa Fernanda Pereira de Sousa Botelho, pela leitura prévia do relatório de pesquisa, pelo diálogo e observações técnicas e jurídicas, aos meus filhos Ângelo Gustavo Botelho e Bárbara Botelho, que mais do que compreender minhas ausências, compartilharam o desafio da produção científica e foram meus parceiros nesta caminhada.

Agradeço aos meus pais, Paulo Antônio Botelho e Alcione Carminati Botelho, pelo empenho em me oferecer uma educação de qualidade, com todas as dificuldades que isso significa. Agradeço ainda aos meus irmãos, Rodrigo Botelho e Paulo Eduardo Botelho, por estarem sempre ao meu lado, nos bons e nos maus momentos.

Agradeço os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, especialmente ao Prof. Dr. Aires José Rover, pelo contato com uma literatura que ampliou significativamente meus horizontes de pesquisa, ao Prof. Dr. Arno Dal Ri, pelas excelentes conversas sobre teoria do direito, ao Prof. Dr. Rogério Silva Portanova, pela gentileza na condução dos debates em sala de aula, ao Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, a quem acompanho desde a graduação, pelas importantes ideias críticas compartilhadas com imensa simplicidade e prazer, ao Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues e a Profa. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, pela significativas observações de cunho metodológico, ao Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam e ao Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves, pelas importantes recomendações ao projeto de pesquisa, ao Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira, pela aproximação com a bibliografia que serviu de marco teórico e referencial da presente pesquisa, ao Prof. Dr. Diego Nunes, pelas valiosas contribuições e recomendações na qualificação da tese e, finalmente, ao Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro, pelo incentivo no desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço ao corpo técnico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em particular a atenciosa Maria Aparecida Oliveira e ao prestimoso Fabiano Dauwe.

Agradeço ao incentivo e apoio da Profa. Vera Lúcia Teixeira, com quem muito aprendi como aluno e como professor no Escritório Modelo de Prática Jurídica (EMAJ), da Universidade Federal de Santa Catarina.

Agradeço ao companheirismo e colaboração mútua dos colegas de doutorado, especialmente Luiza Landerdahl Christmann, Danilo Christiano, Sergio Ricardo Ferreira Mota, Adircélio Ferreira Junior, Daiane Tramontini, Gabriela Natacha Bechara, Marcos Probst, Rodrigo Valgas, Sérgio Cabral dos Reis, Ana Marchesan, Jéssica Gonçalves, Juliana Goulart, Juliano Scherner Rossi, Samuel Martins dos Santos, Daniel Rocha Chaves, Felipe Pante, Amanda Muniz, Pedro Lepikson, Thaís Dalla Corte, Geyson Gonçalves, Edson Ricardo Scolari Filho, Arthur Dalmarco, Bráulio Cavalcanti Ferreira, Chiara Mafrica Biazzi, Jefferson Crescencio Neri, Luana Heinen e Lidia Castillo.

Agradeço ao Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, por todas as recomendações acadêmicas e metodológicas, por ensinar e ser exemplo de humildade científica. Ao Prof. MSc. Fernando Francisco Afonso Fernandez, pela colaboração na tradução do resumo para o idioma espanhol. A advogada e pesquisadora Alyeska Maria Crestani de Souza, pelo auxílio na elaboração do *abstract*.

Finalmente, agradeço as pesquisadoras e pesquisadores do Grupo de Pesquisa Zeitgeist, da Universidade do Sul de Santa Catarina, por compartilharem comigo as alegrias e as dificuldades de fazer ciência jurídica.

AGRADECIMENTO ESPECIAL
in memoriam

Agradeço especialmente o Prof. Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo, que deixou a vida tão cedo e de forma inesperada, pela sua sensibilidade, cortesia, generosidade, atenção e abertura para o diálogo e para a conciliação. Nossas conversas ficarão para sempre em minha memória.

Onde quer que um governo assuma para si a tarefa de nos livrar do incômodo de pensarmos por nós mesmos, as únicas consequências resultantes são torpor e imbecilidade.

William Godwin

RESUMO

A presente pesquisa trata da possibilidade de promover um constrangimento democrático em relação ao exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade por meio de referendo popular. Parte da constituição de 1988 para, com a colaboração das teorias do constitucionalismo contemporâneo, propor um conjunto de mecanismos jurídico-políticos que promovam a transição do modelo de supremacia judicial para um modelo de constitucionalismo fraco, com mais diálogo entre os poderes da república, com a atribuição da última palavra ao povo, caracterizando a supremacia popular como a mais adequada de interpretar a constituição em um estado democrático de direito. Sua importância consiste na possibilidade de teorizar um modelo de controle de constitucionalidade que combine algumas das principais características do constitucionalismo contemporâneo crítico ao modelo da supremacia judicial. Apesar da literatura estrangeira utilizada, a pesquisa se limita a propor um modelo teórico para a realidade brasileira, eis que busca analisar a possibilidade de utilização de instrumental democrático de constrangimento ao Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Temporalmente a pesquisa se limitará ao período posterior a 1988, sem que isto impeça a abordagem de assuntos correlatos em períodos anteriores. O trabalho utiliza pesquisa bibliográfica e documental de origem nacional e estrangeira, mas seu referencial primário são os aspectos jurídicos e políticos nacionais. O problema da pesquisa consiste em identificar e descrever um modelo teórico que promova o constrangimento democrático do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, quando o tribunal atua como legislador positivo, invadindo competência reservada pela constituição ao Poder Legislativo. A hipótese alinhavada consiste no próprio modelo proposto, que se torna a hipótese propositiva da presente pesquisa. O objetivo geral é demonstrar a possibilidade de um modelo que provoque o constrangimento democrático do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, com a mudança do paradigma da supremacia judicial para o popular. Na fase de investigação, o método de procedimento utilizado foi o dedutivo. Na fase propositiva da pesquisa, se fez uso do método indutivo e tipológico.

Palavras-chave: Constrangimento. Democracia. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Referendo.

ABSTRACT

The present research deals with the possibility of promoting a democratic constraint regarding the exercise of the constitutional jurisdiction by the Federal Supreme Court in an attempt of achieving concentrated control of constitutionality by popular referendum. It starts with the 1988 Constitution to propose, with the collaboration of the contemporary constitutionalism theories, a set of juridical-political mechanisms that promote the transition from the model of judicial supremacy to a model of weak forms of constitutionalism, with more dialogue among the powers of the republic, with the attribution of the final word to the people, characterizing popular supremacy as the most adequate to interpret the Constitution in a democratic state of law. Its importance consists of the possibility of theorizing a constitutionality control model that combines some of the main features of the critical contemporary constitutionalism with the model of judicial supremacy. Despite the foreign literature used, the research is limited to proposing a theoretical model for the Brazilian reality, hence it seeks to analyze the possibility of using democratic instruments of constraint to the Federal Supreme Court in the scope of concentrated control of constitutionality. In terms of period, the research will be limited to the period after 1988, without hindering the approach of related issues in previous periods. The work uses bibliographic and documentary research of national and foreign sources, but its primary reference is the national political and juridical aspects. The aim of the research is to identify and describe a theoretical model that promotes the democratic constraint of the Federal Supreme Court in the exercise of constitutional jurisdiction, when the court acts as a positive legislator, violating the jurisdiction reserved by the Constitution to the Legislative Power. The base hypothesis consists of the proposed model itself, which becomes the propositional hypothesis of the present research. The general purpose is to demonstrate the possibility of a model that causes the democratic constraint of the Federal Supreme Court in the exercise of constitutional jurisdiction with the change from the paradigm of judicial supremacy to the popular one. In the investigation phase, the method of procedure used was the deductive. In the propositional phase of the research, the inductive and typological methods were used.

Key Words: constraint. Democracy. Judicial review. Federal Supreme Court. Referendum.

RESUMEN

La presente pesquisa aborda la posibilidad de promover una restricción democrática relacionada al ejercicio de la jurisdicción constitucional por el Supremo Tribunal Federal cuando del controle concentrado de constitucionalidad por medio de un referendo popular. Parte de la Constitución de 1988 para, con la colaboración de las teorías del constitucionalismo contemporáneo, proponer un conjunto de mecanismos jurídico-políticos que promuevan la transición del modelo de supremacía judicial para un modelo de constitucionalismo débil, con más diálogo entre los poderes de la república, con el atributo de dar la última palabra al pueblo, caracterizando la supremacía popular como la más adecuada para interpretar la Constitución en un estado democrático de derecho. Su importancia consiste en la posibilidad de teorizar un modelo de control de constitucionalidad que combine algunas de las principales características del constitucionalismo contemporáneo crítico al modelo de la supremacía judicial. A pesar de la literatura extranjera utilizada, la pesquisa se limita a proponer un modelo teórico para la realidad brasilera, ya que busca analizar la posibilidad de utilización de instrumental democrático de restricción al Supremo Tribunal Federal en el marco del control concentrado de constitucionalidad. Temporalmente la pesquisa se limitará al período posterior a 1988, sin que eso impida el abordaje de asuntos correlativos en períodos anteriores. El trabajo utiliza pesquisa bibliográfica y documental de origen nacional y extranjera, mas su referencial primario son los aspectos jurídicos y políticos nacionales. El problema de la pesquisa consiste en identificar y describir un modelo teórico que promueva la restricción democrática del Supremo Tribunal Federal en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, cuando el tribunal actúa como legislador positivo, invadiendo competencia reservada por la Constitución al Poder Legislativo. La hipótesis hilvanada consiste en el propio modelo propuesto, que se torna la hipótesis propositiva de la presente pesquisa. El objetivo general es evidenciar la posibilidad de un modelo que provoque restricción democrática al Supremo Tribunal Federal en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, con la mudanza del paradigma de la supremacía judicial para lo popular. En la fase de investigación, el método de procedimiento utilizado fue el deductivo. En la fase propositiva de la pesquisa, se utilizo el método inductivo y tipológico.

Palabras-clave: Restricción. Democracia. Control de constitucionalidad. Supremo Tribunal Federal. Referendo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2. REFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRÁTICAS..	47
3. ANTECEDENTES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	71
4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	97
5. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	123
6. O NOVO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	149
7. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	181
8. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	209
9. ALTERNATIVAS CONSTITUCIONAIS	233
10. CONSTRANGIMENTO REFERENDÁRIO	269
11. CONCLUSÃO	305
12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	321

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o Brasil experimentou uma série de avanços e retrocessos na área jurídica, consequências da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹. Dentre os avanços, pode se mencionar o aumento considerável da compreensão do texto constitucional por uma parcela representativa da população, a ampliação dos movimentos sociais, que procuram transformar a vontade constitucional em realidade, a formação de um significativo espaço de diálogo entre a comunidade jurídica, especialmente a partir de uma abrangente literatura estrangeira e nacional em matéria de direito constitucional, as quais buscaram fazer as aproximações possíveis entre o constitucionalismo brasileiro e seus congêneres. No campo dos retrocessos, pode se mencionar o alargamento da influência da política e da moral no âmbito da jurisdição constitucional, com o crescimento da judicialização da política e da politização do judiciário, combinados com um evidente expansionismo judicial, denominado ativismo judicial².

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Constituição). Disponível em: <<https://goo.gl/yuBwAV>>. Acesso em: 26 jul. 2018. Doravante a sigla CRFB ou a expressão Constituição de 1988 poderão ser utilizadas para designar a Constituição da República Federativa do Brasil, atualizada até a emenda constitucional de n. 99, de 14/12/2017.

² Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 23. “Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. A centralidade da Corte e, de certa forma, do Judiciário como um todo, na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa”. MENDONÇA, Eduardo. **A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 1. “Nos últimos anos, tornaram-se comuns as referências à judicialização da política ou mesmo à politização da justiça no Brasil, indicando a crescente interferência do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal

A expansão da jurisdição constitucional, seja inspirada no *judicial review*³ norte-americano ou no *constitutional review* europeu continental, particularmente após a segunda guerra mundial, foi acompanhada de uma proliferação de modelos e de uma recíproca hibridização, de modo a induzir os teóricos constitucionais a criar novos esquemas classificatórios e novas teorias constitucionais, cuja maleabilidade para os propósitos de recepção das experiências recentes em seu interior, não se revelou ainda suficiente diante da complexidade política e jurídica que permeia o século XXI. A multiplicação dos modelos de jurisdição constitucional não facilita o estudo e a compreensão da matéria. Para reduzir as margens de aproximação para a compreensão da trajetória evolutiva seguida pelo modelo norte-americano e pelo modelo europeu, parece ser essencial ofertar uma perspectiva que procure recuperar a noção de proteção constitucional. Nesse contexto, é uma consequência lógica dos modelos adotados, a inflação de competências que os tribunais constitucionais receberam ao longo da segunda metade do século XX, e atualmente, como

Federal, na definição das políticas públicas e do próprio desenho institucional brasileiro”.

³ ELSTER, Jon. Forças e mecanismos no processo de elaboração da constituição. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11. Para os fins deste trabalho, adota-se o conceito operacional proposto pelos autores, qual seja, o de que a expressão “*judicial review* refere-se ao poder qualificado da Suprema Corte dos Estados Unidos de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais; corresponde a uma criação jurisprudencial da Suprema Corte, não prevista na constituição estadunidense. Diferentemente da tradição inglesa do princípio da supremacia do parlamento, no *judicial review* vigora o princípio da supremacia do judiciário, segundo o qual juízes e tribunais devem aplicar diretamente disposição constitucional quando o ato normativo em questão for com ela conflitante. Trata-se, assim, da forma pela qual o controle de constitucionalidade é realizado nos Estados Unidos, com as peculiaridades próprias a essa forma de controle judicial de constitucionalidade no âmbito da tradição da *Common Law* praticada naquele país. Considerada a singularidade de tal instituto, no presente texto optou-se por manter o termo [expressão] *judicial review* em inglês”.

no caso do Brasil, continuam a exercer e ampliar de forma antidemocrática, o monopólio da interpretação constitucional⁴.

Um dos principais argumentos em favor da atuação política dos juízes consiste em reconhecer que os tribunais constitucionais são, ou pelo menos deveriam ser, uma espécie de aristocracia do saber, que seriam compelidos a exercer a jurisdição constitucional para frear a tendência de a democracia degenerar-se em demagogia, estabelecendo um referencial sólido e argumentativo, com opiniões racionais e fundamentadas juridicamente, diante do suposto caos em que costuma incorrer a opinião pública. Mas diante do pluralismo e multiculturalismo que preside a Sociedade⁵ nos estados contemporâneos, talvez seja mais

⁴ MEZZETTI, Luca. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. **Estudios Constitucionales**, Santiago 2009, p. 281-300. Disponível em: <<https://goo.gl/EemoyM>>. Acesso em: 23 jul. 2017. p. 289. No original em espanhol: “*La expansión global de la justicia constitucional, en particular después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido acompañada de la proliferación de los modelos y de su recíproca hibridación, tanto de inducir una pluralidad de estudiosos a inventar nuevos esquemas clasificatorios y nuevas categorías, cuya ductilidad a los fines de la acogida a su interior de experiencias de reciente emersión no se ha revelado suficiente. La multiplicación por la doctrina de los modelos de justicia constitucional, en otras palabras, no facilita el estudio de ellos. Para reducir los márgenes de aproximación para la comprensión de los trayectos evolutivos seguida por el modelo americano y el modelo europeo parece imprescindible colocarse en una óptica que tienda a recobrar la noción de protección de la Constitución y tal de evidenciar la múltiple función desarrollada por los órganos de justicia constitucional a tal fin, además de privilegiar una perspectiva no eurocéntrica, que identifique cual metodología fundamental la originalidad y la matriz norteamericana de la justicia constitucional y en particular del control de constitucionalidad de las leyes*”.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 175-176. Recomenda que, ao se operar com a categoria Sociedade, essa deve ser escrita com a inicial maiúscula, eis que a Sociedade é criadora e mantenedora do estado. Referido conselho adequa-se perfeitamente a tese encetada, eis que se pugna por uma viragem política, em que o poder último de interpretar o sentido de constituição deixe de ser judicial e passe a ser do povo, que forma a Sociedade.

adequado do que se falar em soberania da constituição, falar de uma constituição sem soberano⁶.

Esse raciocínio não está isento de crítica, especialmente diante do fato de que a constituição possui sim, um soberano, e esse soberano é o povo que a constitui, que lhe dá forma, significado e valor. Não há constituição sem povo, nem povo sem constituição, todos os outros regimes de governo, ainda que alcancem um elevado grau de desenvolvimento social, são antidemocráticos quando excluem o povo da formação da vontade política do estado, são autoritários porque não permitem, com a exclusão do povo, sua possibilidade de desenvolvimento e crescimento cívico e político, pois o povo permanece sendo um infante nos negócios políticos do estado que não é seu, mas de alguns poucos privilegiados. A Constituição de 1988, em seu artigo primeiro, parágrafo único, reconhece o povo como o único poder político, sendo que as funções necessárias ao exercício das atividades do estado, são denominadas de “poder” pelo constituinte mais por força do hábito do que por lhe reconhecer uma força idêntica aquela pertencente ao povo que constitui todas as atribuições, competências, instituições e funções próprias do estado⁷.

Não se ignora o reconhecimento de legitimidade democrática ao Poder Legislativo, controlada por meio de eleições periódicas. Na hipótese de não cumprimento das promessas eleitorais e das aspirações populares, podem os eleitores retirar essa legitimidade pelo voto. O mesmo não ocorre com o Poder Judiciário, diante do fato, por exemplo e entre outros, de que os ministros do Supremo Tribunal Federal adquirem vitaliciedade com a posse no cargo, depois de nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. Pode-se até falar em

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 13. FILHO, Vladimir Brega; ALVES, Fernando de Brito. Termedorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, jan./jun. 2015, p. 124-134. Disponível em: <<https://goo.gl/b8BJok>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 126.

⁷ Ainda que se reconheça o povo como único e exclusivo detentor do poder soberano do estado, de acordo com a dicção do texto constitucional de 1988, por uma questão de cortesia para com o leitor, de modo a evitar confusões desnecessárias, manteve-se o uso do termo “Poder” para designar as funções executivas, legislativas e jurisdicionais explicitadas pelo poder constituinte em 1988.

representatividade democrática indireta, mas a garantia da vitaliciedade faz com que essa representatividade indireta fique muito distante da legitimidade direta existente no Poder Legislativo. Ocorre que a existência de um monopólio da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário não deve servir como obstáculo à abertura de canais de participação popular no controle de constitucionalidade, particularmente quando o tribunal constitucional age como legislador positivo, inovando o ordenamento jurídico e imiscuindo-se no espaço de competência política e legislativa reservada ao Poder Legislativo⁸.

A partir do final da década de 1990 até os dias atuais, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura proativa, expansionista, alargando sensivelmente sua competência jurisdicional, no sentido de estipular o regramento das normas constitucionais de eficácia limitada, dependentes de atividade legislativa pelo Poder Legislativo que, mesmo diante de pressões de diversos segmentos da Sociedade, permaneceu inerte. É difícil precisar exatamente o conjunto de fatores que levou o Poder Legislativo a tal inação, mas a pluralidade de posicionamentos políticos, a polarização de pontos de vista e a ausência de canais democráticos de diálogo podem permitir uma aproximação do problema. No conjunto das ações e decisões que caracterizam este alargamento do Poder Judiciário encontram-se uma série de avanços em áreas reservadas ao espaço político decisório, seja ele o Poder Legislativo ou a soberania popular, que pode se expressar indiretamente, por meio de representantes no Congresso Nacional, ou diretamente, através de plebiscito, referendo ou iniciativa popular⁹. Esse contexto permite identificar uma considerável

⁸ FILHO, Vladimir Brega; ALVES, Fernando de Brito. Termedorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, jan./jun. 2015, p. 124-134. Disponível em: <<https://goo.gl/b8BJok>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 130-133.

⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, n. 2, 2015. p. 3-22. Disponível em: < <https://goo.gl/Lh8o5i> >. Acesso em 19 ago. 2018. p. 30: “No Brasil, sob aplausos de uns e críticas de outros, nos deparamos com o STF, a nossa corte constitucional, a criar direito novo, embora ainda com a cautela de anunciar que as normas emergentes dos seus julgados não surgiram do nada, antes foram apenas extraídas do próprio texto da Constituição, onde estavam insinuadas, latentes ou implícitas, como que à espera do momento oportuno para se mostrarem às claras”.

relevância do tema da pesquisa na atualidade, diante do grande número de decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade que evidenciam uma postura ativista, sem a correspondente legitimidade democrática, promovendo uma desarmonia entre os poderes da república, atuando o Supremo Tribunal Federal como uma espécie de *poder constituinte derivado jurisdicional*¹⁰.

A pesquisa realizada versa sobre a possibilidade de teorizar a criação de um modelo de constrangimento democrático em relação às

¹⁰ A respeito das estatísticas oficiais relativas a atuação do Supremo Tribunal Federal, no período de 2003 a 2017, cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2012**: ano-base 2011. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2010**: ano-base 2009. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009**: indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2008**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2007**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2007. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2006**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2006. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2005**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2005. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2004**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2004. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2003**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2003. Cf. também ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; FILHO, Luciano de Oliveira Chaves. Explicando o dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro 2016, p. 899-931. Disponível em: <<https://goo.gl/QL9aAR>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Mais especificamente, se pretende demonstrar a viabilidade, e a necessidade, de que as decisões do Supremo Tribunal Federal que inovam o ordenamento jurídico brasileiro (papel de legislador positivo) ou que contrariem o poder político normativo do Poder Legislativo em matéria de interpretação constitucional podem e devem ser submetidas a referendo popular, por meio da adaptação ou criação de instrumentos políticos, jurídicos e processuais, que tornem possível e efetiva a constituição do estado brasileiro em estado democrático de direito¹¹.

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal parecem não encontrar fundamento no texto constitucional, mas em algo que poderia ser denominado de constituição moral, documento inacessível aos não integrantes do tribunal constitucional, que revelam um caráter moralizador do direito e um elevado grau de liberdade argumentativa, ou mesmo política, da concepção de direito que possuem os ministros do Supremo Tribunal Federal, que deveriam, segundo dicção da própria constituição, ser o seu *guardião*, mas realizam interpretações morais das cláusulas constitucionais, condicionadas temporal e subjetivamente. Tais decisões repercutem diariamente na vida de milhões de cidadãos, que devem suportar as consequências de interpretações inovadoras e moralizantes da ordem constitucional, levadas a cabo por ministros que, objetivamente, não possuem legitimidade democrática para tal. Portanto, revela-se necessária e imperativa a formulação de uma proposta que possa reafirmar o sentido democrático da constituição, como pacto entre os cidadãos, de modo a promover os valores democráticos, o fortalecimento

¹¹ BOTELHO, Alexandre. **Curso de ciência política**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. p. 176. Em sentido técnico-jurídico, o estado pode ser compreendido como um agrupamento de pessoas reunidas em caráter permanente, sobre um determinado território, com um poder organizado, através de um governo próprio e soberano. Outras perspectivas e autores, com a finalidade de fornecer uma conceituação para a categoria estado podem ser encontradas nesta obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: Diploma Legal, 2003. p. 25-63. WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 98. “O estado é uma comunidade humana que exerce o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território”.

da opinião pública e das instituições, sem desmerecer os direitos conquistados e assegurados às minorias pela própria constituição.

A promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 representou um divisor de águas no cenário histórico e político brasileiro. Marca o fim de um período histórico iniciado em meados de 1964, juridicamente fundamentado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967¹² e nos Atos Institucionais¹³ e politicamente findo em 1985, com a eleição, pelo colégio eleitoral (eleição indireta, corpo votante formado por Deputados Federais e Senadores da República), de Tancredo de Almeida Neves, colocando termo ao regime militar.

O ambiente de redemocratização, o processo constituinte, que perdurou de fevereiro de 1987 a outubro de 1988, a influência do constitucionalismo europeu e o compromisso com o alargamento dos direitos fundamentais, produziu um documento moderno, analítico, extenso, minucioso e prolixo, com um considerável conjunto de direitos pendentes de regulamentação pelo Poder Legislativo. O novo texto constitucional promoveu uma série de transformações políticas, jurídicas e sociais, entretanto, por diversos motivos, que não são objeto da pesquisa, a ausência de regulamentação dos novos direitos, o viés principiológico normativo e as constantes alterações econômicas e políticas, criaram um espaço de dificuldade hermenêutica, que resvala na falta de representatividade política experimentada atualmente, com particular relevo para a relação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário em torno do sentido que deve ser atribuído à constituição e seus preceitos abertos e genéricos, carentes de normatividade e sentido e, principalmente mais conhecidos e exigidos pela Sociedade brasileira.

A arquitetura constitucional desenvolveu uma série de mecanismos de *checks and balances*¹⁴ na relação entre as funções

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** (Constituição). Disponível em: <<https://goo.gl/ngCQC8>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

¹³ BRASIL. **Atos Institucionais.** (Legislação). Disponível em: <<https://goo.gl/rL9rZ1>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

¹⁴ NEIVA, Pedro Robson Pereira. Os determinantes da existência dos poderes das câmaras altas: federalismo ou presidencialismo? **Dados**, Rio de Janeiro, 2006, p. 269-299. Disponível em: <<https://goo.gl/DfQU3p>>. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 286. OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do estado. **Revista de Informação**

(poderes) do estado¹⁵, os quais demonstram sinais de desgaste ou mesmo de ruptura, com a primazia do Poder Judiciário no destino político do

Legislativa, Brasília, jul./set. 1977, p. 55-82. Disponível em: <<https://goo.gl/4GBhuV>>. Acesso em: 27 jan. 2018. p. 60. “Dizer que existe uma teoria dos freios e contrapesos no direito constitucional norte-americano não importa afirmar que a lei fundamental tenha consignado expressamente esse princípio. Pelo contrário, depreende-se da forma como foram dispostas as competências de cada poder. Essa distribuição de atribuições, da ação de cada qual, resultou em um mecanismo de limitações recíprocas”.

- ¹⁵ **ARISTÓTELES. A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995. p. 113. “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas”. Cf. **LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Cf. **SOUZA, Antônio Francisco de. A separação dos poderes em Locke. Pólis**, Lisboa, jul./dez. 1995, p. 7-42. Disponível em: <<https://goo.gl/BSCBVu>>. Acesso em: 27 jan. 2018. **MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 171-172. “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz

estado brasileiro (supremacia judicial), em evidente descompasso com o modelo projetado pelo legislador constituinte originário (supremacia constitucional popular). Um dos aspectos centrais de todo esse complexo transformativo é o controle de constitucionalidade, que está a necessitar de novos instrumentos constitucionais que proporcionem a possibilidade de um constrangimento democrático ao Supremo Tribunal Federal, quando e se verificada uma divergência entra a decisão inovadora (legislador positivo) do Supremo Tribunal Federal e a posição do Poder Legislativo, ao se utilizar instrumento constitucional já disponível (referendo, previsto nos art. 14, II e 49, XV, CRFB), de manifestação democrática direta em relação à postura ativista e inovadora do ordenamento jurídico encontrada em decisões de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo a constringer democraticamente o expansionismo jurisdicional em contraste com a legitimidade democrática do Poder Legislativo.

A importância deste trabalho¹⁶ reside em evidenciar que a postura atual do Poder Judiciário, além de promover o desequilíbrio entre os poderes da república brasileira, não possui legitimidade democrática e necessita de anteparos constitucionais ao seu desenvolvimento no espaço de atuação jurisdicional no Supremo Tribunal Federal, de modo que a sua atuação seja pautada por critérios menos políticos e mais por critérios técnicos e jurídicos, assemelhando-se mais a um tribunal do que a uma assembleia. A realização da pesquisa pretende colaborar com o conhecimento, aprofundamento e desvelamento de novas possibilidades de um tema¹⁷ que não é novidade, mas ainda está encoberto por uma penumbra de preconceito para com a democracia, e de autoritarismo em relação às competências jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, que necessitam ser destacadas e reveladas, especialmente em virtude da suposta ausência de mecanismos democráticos que proporcionem um constrangimento democrático do Poder Judiciário.

poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 150. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 6-18.

¹⁷ ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 7-27.

A escolha do tema é fruto do interesse pessoal do pesquisador em demonstrar a necessidade de um instrumental democrático à disposição da Sociedade brasileira como forma de exercer um constrangimento democrático efetivo sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal¹⁸. O interesse do pesquisador não é recente. No ano de 1999,

¹⁸ Não se ignora entendimentos diversos, como o apresentado por DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A tendência passivista do Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016. p. 303-306, segundo o qual tornou-se usual qualificar o Supremo Tribunal Federal como uma corte ativista, em dois sentidos: o primeiro, em razão do intenso questionamento de decisões dos demais poderes, principalmente de leis; o segundo, no sentido da utilização de formas de interpretação e de ação processual criativas que ampliam consideravelmente seus poderes. Certamente pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal é ativista em razão da criatividade e da imprevisibilidade dos métodos utilizados e das posições de cada ministro. Mas seria também ativista no sentido quantitativo? Por volta dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal tornou-se protagonista na configuração do sistema de direitos fundamentais com decisões de ampla repercussão jurídica e política. Nesse ativismo estão inclusas decisões sobre a efetivação de direitos sociais acrescidos de em relação às omissões legislativas e executivas. Mas tais decisões, por mais que sejam relevantes, são insuficientes para confirmar o rótulo de tribunal ativista. Dados revelam que o Supremo Tribunal Federal atua como corte passivista, evitando conflitos com os demais poderes e postergando decisões em questões sensíveis. Desde 1988, configurou-se um sistema político no qual o Poder Legislativo e o Poder Executivo tendem a funcionar de maneira unificada, por meio de acordos e compromissos, com base no denominado presidencialismo de coalizão. Independentemente da composição partidária, suas decisões com relevância política ou econômica quase sempre foram acatadas pelo Supremo Tribunal Federal. A esmagadora maioria de normas declaradas inconstitucionais são estaduais. Isso significa que o Supremo Tribunal Federal não desempenhou a função contramajoritária, que está na base do ativismo judicial. É possível também identificar esse comportamento passivista quando o tribunal posterga (ou evita) a tomada de decisões de mérito, através do uso estratégico da elaboração da pauta de maneira discricionária, uma espécie de “decisão de não decidir”. Mesmo as decisões sobre distribuição gratuita de remédios corroboram a tese do passivismo, posto que a corte não aplicou o mesmo entendimento em

quando do início das atividades docentes no curso de direito, particularmente no desenvolvimento da disciplina de ciência política, veio à tona um dilema já identificado ao longo do curso de graduação em direito (1992-1997): o problema da legitimidade democrática dos poderes da república (art. 2º, CRFB). Durante a realização do mestrado (1999-2003) o tema pesquisado (conceito de cidadania nas Sociedades contemporâneas) permitiu algumas aproximações, mas também afastamentos, do assunto ora em comento. Mas o dilema persistia e se tornava mais claro: quais seriam os instrumentos constitucionais adequados à concretização dos ideais de independência e harmonia entre os poderes da república e que poderiam reforçar o princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, CRFB)? Em 2005, quando da publicação do livro *Curso de Ciência Política*¹⁹, o tema esteve presente em diversos de seus capítulos, como uma espécie de fio condutor da obra, isto é, questionando a legitimidade democrática da construção de um aparato constitucional de repartição das funções do estado (separação dos poderes). Ao ministrar a disciplina de direito constitucional, por diversas oportunidades o assunto exigiu análise e estudo, sendo possível afirmar que ao longo das últimas décadas (1998-2018), grandes transformações tiveram lugar no Supremo Tribunal Federal e uma das mais relevantes foi a primazia ou imposição hermenêutica desta corte em substituição ao Poder Legislativo e, em particular, a vontade democrática do povo brasileiro.

Ao lado dos elogios pelo suposto exercício de um papel contramajoritário pelo Supremo Tribunal Federal, a crítica sempre se mostrou pertinente, já que a concordância para com um movimento não se pode dar apenas a partir de seus resultados, mas principalmente pela aceitação de suas premissas e, no caso do direito brasileiro, de seu enquadramento dentro dos delineamentos constitucionais de 1988. A ausência de legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal levou à uma série de leituras e reflexões ao longo dos últimos

todos os pedidos, havendo decisões de indeferimento com base em considerações consequencialistas (custo do tratamento, número de pacientes e outras variáveis de impacto sobre os cofres públicos). Mas o passivismo do tribunal possui um complemento paradoxal: o ativismo arbitrário na atuação individual dos ministros. Decisões importantes sobre temas constitucionais são tomadas rapidamente e de forma monocrática, sem reexame do pleno em prazo razoável.

¹⁹ Cf. BOTELHO, Alexandre. **Curso de ciência política**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005.

anos, culminando finalmente com a possibilidade de realizar o curso de doutorado em direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). A partir desse caminho, percebeu-se a necessidade de se aprofundar em um aspecto específico do direito constitucional, qual seja, o constrangimento por vias democráticas, particularmente com a utilização do referendo, como uma forma constitucional de conter o avanço do Poder Judiciário sobre as competências constitucionais conferidas aos outros poderes e assegurar a participação do povo no desenvolvimento do sentido da constituição.

A par da harmônica construção constitucional, é possível identificar, nos últimos anos, uma predominância do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua competência constitucional que parece extrapolar os limites constitucionalmente fixados para o exercício de sua atividade. Pautado por um viés crítico e democrático, se pretende desenvolver a presente pesquisa de forma a propor um instrumento capaz de promover um efetivo constrangimento democrático ao Supremo Tribunal Federal no âmbito específico do controle concentrado de constitucionalidade. O tema é instigante, atual, polêmico e promove o diálogo com uma série de disciplinas jurídicas (direito constitucional, teoria do direito, sociologia jurídica) e com ciências afins (ciência política, teoria do estado), exigindo uma ampla carga de leituras, de forma a produzir, ao final, produto acadêmico original, inovador e que promova o desenvolvimento do direito e possa ser objeto de críticas, complementações e, quem sabe, transformação do espaço político e jurídico brasileiro.

Apesar e em razão de sua atualidade e complexidade, faz-se necessário delimitar o tema da pesquisa, o que corresponde a um processo de especificação, isto é, fornecer os parâmetros de apreensão do objeto de estudo e fixar, de forma objetiva e coerente, o exato limite da extensão e dos conceitos sobre o qual se buscará, ao longo do trabalho, lançar luzes, traduzindo-se esse esforço, ao final, em maior clareza e coerência conceitual, com a apresentação de trabalho científico que apresente efetivo progresso à ciência do direito²⁰. A situação pode ser melhor

²⁰ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 218. ASTI VERA, Armando. **Metodologia da pesquisa científica**. Tradução de Maria Helena Guedes Crespo e Beatriz Marques Magalhães. Porto Alegre: Globo, 1973. p. 97-105. GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 23-29.

descrita pela comparação com um holofote (teoria do holofote da ciência). O que o holofote torna visível dependerá de sua posição, do modo de dirigi-lo e de sua intensidade, cor etc., embora também venha a depender em larga escala das coisas iluminadas por ele. Similarmente, uma descrição científica dependerá em ampla escala do ponto de vista utilizado, dos interesses do pesquisador, que são como que uma regra relacionada com a teoria ou hipótese que se deseja demonstrar, mas também dependerá dos fatos descritos. Pois, se houver uma tentativa de formular o ponto de vista, então essa formulação, via de regra, será o que às vezes se chama uma hipótese operante, isto é, uma suposição provisória cuja função é auxiliar a selecionar e a ordenar os fatos²¹.

Nesse sentido, a pesquisa realizada encontra-se delimitada na área de concentração estado, direito e Sociedade e pela linha de pesquisa constituição, cidadania e direitos humanos, eis que busca analisar e propor um modelo que possibilite a utilização de instrumental democrático de constrangimento ao Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. No que tange à abrangência temporal da pesquisa, se restringirá ao período de tempo posterior a promulgação do texto constitucional, sem que esta delimitação impeça a abordagem de assuntos correlatos em períodos históricos anteriores, de modo a confirmar ou negar, aproximar ou distanciar o tema sob investigação. O aspecto temporal aqui especificado não impede que sejam feitas referências a decisões anteriores a esse período ou mesmo que se projete uma análise para momentos posteriores.

Ainda que o trabalho a ser realizado possa vir a utilizar pesquisa bibliográfica²² e outros indicadores (decisões, notícias, entrevistas etc.) de origem estrangeira, seu norte são os aspectos jurídicos e políticos e seus conseqüências nacionais, ou seja, seu espaço físico, cultural e jurídico é o brasileiro e suas repercussões na dinâmica de Sociedade nacional contemporânea, sem com isso negar o necessário e relevante aporte que a experiência externa fornecerá à pesquisa.

²¹ POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: EdUsp, v. 2, 1974. p. 268-269. Cf. POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: EdUsp, v. 1, 1974.

²² ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**: noções práticas. São Paulo: Atlas, 1995. p. 37-39.

Objetivamente, o problema de pesquisa²³, que se buscará encontrar uma resposta jurídica e teoricamente apropriada²⁴, é descrever e prescrever uma possibilidade de utilizar ou adaptar mecanismos constitucionalmente previstos e permitir que um constrangimento democrático referendário das decisões em controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando, diante de situações específicas (atuação do tribunal como legislador positivo), ocorra inovação legislativa a partir do exercício da jurisdição constitucional. Objetivamente, pode ser resumido da seguinte forma: o referendo popular pode se tornar um instrumento democrático viável ao constrangimento democrático do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional?

Indicado o problema de pesquisa, há necessidade de apontar a hipótese²⁵, que entre outros significados, revela uma proposição enunciada para responder tentativamente a um problema. A hipótese é a solução ou resposta que se pretende demonstrar ao final da pesquisa. Aqui se pretende apresentar e analisar²⁶ mecanismos que já existem ou que podem ser propostos para que o Poder Legislativo e o povo disponham de instrumentos constitucionais adequados ao controle do expansionismo jurisdicional por parte do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, os

²³ LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Tradução de Lana Mara Siman. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 85-90. PARDINAS, Felipe. **Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales**. Distrito Federal: Siglo Veintiuno, 1969. p. 132. Cf. BOOTH, Wayne G.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁴ CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1974. p. 77.

²⁵ SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 19. ed. São Paulo: Cortez, 1993. p. 124-125.

²⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 121. A categoria “análise” é empregada aqui como “uma apreciação fundamentada sobre o conteúdo examinado, tendo como desiderato uma crítica cientificamente responsável, ou seja, logicamente coerente com a fundamentação do exame efetuado. A crítica pode, obviamente, ser positiva e/ou negativa, e incidir sobre o todo ou partes do conteúdo em questão”.

instrumentos que se pretende propor, tornam-se as hipóteses propositivas da presente pesquisa, ou seja, se os instrumentos propostos podem efetivamente proporcionar o constrangimento democrático do judiciário.

Como objetivo geral, pretende-se desenvolver, dentro da estrutura constitucional brasileira, institutos jurídicos e políticos que permitam e promovam um constrangimento democrático do exercício do controle de constitucionalidade concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, particularmente nas situações em que este órgão jurisdicional avança nas competências atribuídas constitucionalmente ao Poder Legislativo, inovando o ordenamento jurídico, atuando como verdadeiro *poder constituinte derivado jurisdicional*. Em função da delimitação do problema e da hipótese elencada, os seguintes objetivos específicos possuem como finalidade alcançar o objetivo geral, servindo como seus desdobramentos:

- a) estabelecer um recorte histórico e científico sobre o qual se baseia a pesquisa, de forma a situar o leitor no âmbito do marco teórico que norteará a pesquisa e indicar os aspectos metodológicos fundamentais à compreensão do desenvolvimento da tese encetada;
- b) descrever o espaço conceitual relativo controle de constitucionalidade;
- c) descrever as teorias constitucionais que abordam o constrangimento democrático da supremacia judicial;
- d) propor e analisar um modelo de constrangimento democrático referendário do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Os conceitos operacionais e suas categorias²⁷ também são elementos relevantes no desenvolvimento da pesquisa, isso porque não

²⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. Sobre conceito operacional, tem-se que “Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos, estamos fixando um conceito operacional”. p. 39. Sobre categoria, “denominamos Categoria a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. p. 27. Categoria representa uma palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia. Apesar do conselho do Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold para que as categorias

pode haver espaço para dúvidas. Ou seja, espaço para que o leitor do trabalho possa imaginar do que se trata, ou o que significa determinado conceito, essencial à compreensão da pesquisa como um todo. A esse respeito, afirma-se que é necessário e imprescindível definir todos os termos e expressões que possam dar margem a interpretações equivocadas. A seguir são apresentados alguns desses termos e expressões, identificados ao início da pesquisa, sem prejuízo da possibilidade de, ao longo do seu desenvolvimento, outros possam ser incorporados, sendo que, em tais situações, sua definição será apresentada em nota de rodapé.

- a) constrangimento: embaraço, dificuldade, inibição, retraimento, seja de ordem jurídica ou política. Trata-se especificamente da possibilidade de um efetivo controle das decisões judiciais, de criar uma censura significativa a partir da possibilidade de reverter democraticamente as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, retirando-lhe a supremacia judicial, sem representar, necessariamente, a dispensa de uma atuação propositiva do Poder Judiciário, com a inadmissão de que este poder substitua o Poder Legislativo, com o aumento incontrolado de seu protagonismo político. É uma forma de, criticamente, colocar em xeque as decisões que ultrapassam a aplicação do direito e invadem o campo da política legislativa²⁸;

adotadas sejam escritas com a inicial maiúscula, optou-se por manter a grafia sem esse destaque, salvo quando se tratar de algum documento, instituição ou nome próprio, em conformidade ao prescrito na Constituição de 1988.

²⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. Cf. STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, jul./dez. 2011, p. 2-37. Disponível em: <<https://goo.gl/p8F6S8>>. Acesso em: 26 nov. 2016. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuificante de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, abr./jun. 2012, p. 7-21. Disponível em: <<https://goo.gl/kVnXJo>>. Acesso em: 27 nov. 2017. Cf. STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. **Revista**

b) democracia: na teoria da democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, ou aristotélica, das formas de governo, segundo a qual a democracia, seria o governo do povo, de todos os cidadãos, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; b) teoria medieval, apoiada na soberania popular, na qual há uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe; c) a teoria moderna, nascida com o estado moderno, na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga democracia nada mais é que uma forma de república. O problema da democracia é tão antigo quanto a reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reproposto e reformulado em todas as épocas. Nos países de tradição democrático-liberal, as definições de democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se em um elenco mais ou menos amplo, de regras de jogo: a) órgão político máximo, a quem compete a função legislativa, deve ser eleito; b) existência de outras instituições com dirigentes eleitos; c) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria devem ser eleitores; d) todos os eleitores devem ter voto igual e igual dignidade; e) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião, formada o mais livremente possível; f) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas; g) vigora o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; h) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de modo especial o direito de tornar-se maioria. Essas regras estabelecem *como* se deve chegar à decisão política e não *o que* decidir. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático²⁹. Resumidamente, democracia se contrapõe a

Eletrônica Direito e Política, Itajaí, maio/ago. 2013, p. 2330-2363. Disponível em: <<https://goo.gl/37wcXv>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

²⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 319-329.

toda forma de governo autocrático, como um conjunto de regras fundamentais, que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*³⁰.

- c) Supremo Tribunal Federal: órgão de cúpula da organização judiciária brasileira, escolhidos dentre brasileiros natos, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, ao qual compete, precipuamente, a guarda da constituição.
- d) referendo: método clássico de exercício direto de poder por parte do povo, sendo o que mais aproxima a ideia governo da de democracia, mas é também complexo, seja por sua intimidade e proximidade com outros instrumentos democráticos, tais como o plebiscito e o veto popular, seja pelas diferentes possibilidades que permite³¹. Consiste em consulta à população politicamente capaz a respeito de relevante matéria jurídica ou política que lhe é formulada. Não se confunde com

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 17. Cf. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000. Cf. BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015. Cf. SELL, Carlos Eduardo. Democracia com liderança: Max Weber e o conceito de democracia plebiscitária. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, jul. 2011, p. 139-166. Disponível em: <<https://goo.gl/b3z2qx>>. Acesso em: 27 jul. 2018. Cf. COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências no Brasil contemporâneo. São Paulo: Ed. 34, 2004. Cf. ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. Cf. HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, São Paulo, 1995, p. 39-53. Disponível em: <<https://goo.gl/WyCguc>>. Acesso em: 27 jul. 2018. Cf. GUTMANN, Amy. A desarmonia da democracia. **Lua Nova**, São Paulo 1995, p. 5-37. Disponível em: <<https://goo.gl/HcHc38>>. Acesso em: 27 jul. 2018. Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. **Lua Nova**, São Paulo, 1995, p. 85-104. Disponível em: <<https://goo.gl/uLnT1T>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

³¹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 35. ed. São Paulo: Globo, 1996. p. 225.

plebiscito, que no Brasil consiste em consulta prévia à opinião popular, perante a qual, dependendo de seus resultados, adotar-se-ão providências legislativas. O referendo convalida, ratifica ou rejeita a decisão, jurídica ou política, já tomada pelos órgãos detentores do poder, sendo convocado com posterioridade ao ato³². É, resumidamente, consulta à opinião pública para a aprovação de matéria relacionada a um interesse público relevante, realizada após a aprovação do projeto normativo ou, no caso da presente pesquisa, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, podendo aprová-la ou rejeitá-la³³;

- e) controle concentrado de constitucionalidade: garantia de tutela da supremacia da constituição, consiste em atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos normativos do poder público em relação a uma constituição rígida, suprema ante todos os comportamentos e atos do poder público, razão pela qual decorre a necessidade de organizar um sistema ou processo adequado de sua defesa, em face dos atentados que possa vir a sofrer, através de atos normativos e concretos. Assim, é em relação a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das constituições rígidas, frente a tais ataques, que se compreende o controle da constitucionalidade das leis, ou seja, o modo como o ordenamento jurídico reage a existência de normas que contradizem a constituição, afirmando a supremacia constitucional sobre o resto do ordenamento jurídico. Ocorre quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, se e quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, constatada lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional

³² BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 358.

³³ AUAD, Denise. Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, 2004, p. 291-323. Disponível em: <<https://goo.gl/De11Z4>>. Acesso em: 27 jul. 2017. p. 299. Cf. RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, mar. 2014, p. 205-230. Disponível em: <<https://goo.gl/FhE8KF>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

e deixa de irradiar efeitos. Em suma, o controle de constitucionalidade consiste em uma atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a constituição³⁴.

- f) supremacia judicial: no estado constitucional de direito³⁵, a constituição passa a valer como norma jurídica, disciplinando não apenas o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelecendo determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao próprio estado, de forma que passa a vigor uma centralidade da constituição e, como consequência, a supremacia judicial, compreendida como a primazia de um tribunal constitucional na interpretação final e vinculante das normas constitucionais³⁶. Atividade desenvolvida por tribunais constitucionais ao longo do século XX e XXI, com ênfase para a realidade norte-americana e

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 34. Cf. COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./abr. 2016, p. 155-187. Disponível em: <<https://goo.gl/kBZ6Aq>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

³⁵ O estado constitucional de direito se caracteriza pela: a) supremacia da constituição; b) garantia de direitos fundamentais liberais e sociais; c) submissão de todos os poderes do estado ao princípio da legalidade d) efetividade dos direitos assegurados pela Constituição; e) centralidade da pessoa humana. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 24-34. FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p. 37.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 3. Cf. GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015. Cf. PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Público**, jan. 2011, p. 25-57. Disponível em: <<https://goo.gl/eKC6qz>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

brasileira, sobre o campo político, que corresponde a um modelo deliberativo no qual o Poder Judiciário, sobretudo no âmbito dos órgãos judiciários de cúpula, aplica valores políticos essenciais à ordem democrática, detendo consigo o poder de interpretá-los em última instância, o que caracteriza a capacidade de ditar a última palavra do campo político constitucional ao Poder Judiciário³⁷.

A seguir são apresentados o método de abordagem empregado na fase de investigação do problema, o método de procedimento no qual foi elaborado o relatório da pesquisa e as técnicas de pesquisa utilizadas no desenvolvimento da atividade de pesquisa, que se iniciou com uma análise da produção teórica sobre o tema. Assim, no primeiro momento, a pesquisa adotará o método dedutivo, já que se pretende partir de uma formulação geral do problema, buscando-se posições científicas que sustentem ou neguem os problemas apresentados, para que, ao final, seja apontada a prevalência, ou não, da hipótese elencada. Em um segundo momento, a pesquisa pretende apresentar e analisar instrumentos de constrangimento democrático do Supremo Tribunal Federal, com base em hipóteses já delineadas, razão pela qual, fará uso do método indutivo e tipológico. O método de procedimento relaciona-se à maneira específica pela qual o objeto será trabalhado durante o processo de pesquisa. Com este referencial, o método de procedimento a ser utilizado na futura pesquisa é o monográfico. Técnicas de pesquisa revelam os instrumentos específicos que auxiliam no alcance dos objetivos almejados. Para concretizar a pesquisa que pretende desenvolver, o pesquisador utilizará as seguintes técnicas de pesquisa:

- a) pesquisa bibliográfica: livros, artigos e outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais etc.).
- b) pesquisa documental: documentos (leis, sentenças, acórdãos, pareceres, portarias etc.).

Deseja-se ainda esclarecer que, de forma a facilitar a tarefa do leitor, evitando constante manuseio das referências bibliográficas, optou-se por apresentar em nota de rodapé, as referências completas das obras utilizadas. Quando se tratar de artigo científico disponível em meio

³⁷ BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 172.

eletrônico (*internet*) e diante da exigência de indicação do local em que o material se encontra (*site*), fez-se a opção pelo uso da ferramenta *Google URL Shortner*, a qual abrevia o endereço eletrônico em que referido material é disponibilizado na *internet*, sempre buscando a clareza e o respeito aos direitos autorais. Ao longo do trabalho, toda norma jurídica mencionada que não contar com referência específica encontra-se disponível no portal da legislação, disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

Durante o desenvolvimento do relatório de pesquisa, sempre que for utilizado um trecho específico de obra, mesmo nos casos de citação indireta ou paráfrase, haverá a indicação do número ou números das páginas utilizadas³⁸. Quando não houver a indicação da página, significa que há uma orientação para que a obra, como um todo, seja consultada, nesses casos, a referência bibliográfica é precedida da abreviatura “cf.”. Nas referências constará o título original da obra consultada, no caso de haver sido utilizada versão traduzida, ainda que tal elemento seja opcional³⁹.

A pesquisa foi estruturada de forma a conduzir o leitor linearmente até sua conclusão, iniciando pela (1) apresentação dos referenciais teóricos constitucionais e democráticos, seguido de (2) uma digressão a respeito dos antecedentes do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional para, na sequência realizar (3) uma exposição do controle de constitucionalidade, com suas características e peculiaridades, após (4) são apresentados os modelos de controle de constitucionalidade, especialmente o modelo norte-americano e o europeu, posteriormente é feita (5) uma análise do novo constitucionalismo brasileiro (neoconstitucionalismo), caracterizado por um comportamento expansionista da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (ativismo judicial) e da proximidade entre direito e moral, combinados com a politização do judiciário e a judicialização da política, ato contínuo (6) será realizado um esboço das teorias do constitucionalismo contemporâneo, particularmente, do constitucionalismo dialógico,

³⁸ Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2002.

³⁹ Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2002.

democrático e popular, que são as correntes teóricas que se opõem ao *judicial review* e que defendem a ampliação das bases democráticas de interpretação constitucional, na sequência (7) será realizada uma exposição a respeito da influência política na atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, seguido de uma (8) descrição das alternativas teóricas apresentadas pelo constitucionalismo contemporâneo hábeis a criar um constrangimento democrático ao Supremo Tribunal Federal com a (9) apresentação de uma proposta normativa constitucional que utiliza elementos jurídicos e políticos já existentes com a criação de novos mecanismos que permitam, em caso de discordância a respeito do sentido constitucional, levar o tema ao Poder Legislativo e, caso ocorra uma discrepância de entendimentos, consultar-se o eleitorado nacional para que, como permanente titular do poder constituinte, manifeste-se sobre o posicionamento dos órgãos constituídos (Poder Judiciário e Poder Legislativo).

Com este itinerário, espera-se que o leitor compreenda o caminho que será desenvolvido nas próximas páginas e caminhe, juntamente com o pesquisador, nas entrelinhas do constitucionalismo contemporâneo e compreenda a necessidade de estabelecer um constrangimento democrático ao Supremo Tribunal Federal, de forma a ampliar significativamente o espaço democrático cidadão, com ampliação e promoção do diálogo institucional dos poderes constituídos, que poderão efetivamente construir um significado democrático à constituição de 1988, tendo presente que o titular da soberania, em um estado democrático de direito é sempre o povo.

2. REFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E DEMOCRÁTICAS

Neste capítulo será compartilhado com o leitor o resultado de outras pesquisas relacionadas ao tema. Não se trata de colocar tudo o que há sobre o tema, mas tudo que é importante para fundamentar o problema de pesquisa. Nesse sentido, serve para informar o aporte necessário para compreender a pesquisa. O marco teórico é a parte da pesquisa em que o problema é esclarecido com base nas teorias pré-existentes, pois quando se produz conhecimento científico não se parte do zero, não há um ponto de ancoragem absolutamente sólido e aceito por todos⁴⁰, sempre se parte de pressupostos que condensam os saberes recebidos, porque se está imerso em uma comunidade de investigação a qual se pertence⁴¹. O marco teórico de uma investigação científica representa um conjunto de pressupostos teóricos que o investigador torna explícitos. Mas isso implica uma certa ambiguidade da expressão, que designa tanto: a) o conjunto de suposições teóricas implícitas em uma determinada abordagem; b) o conjunto de premissas teóricas explícitas em uma investigação; e c) um dos componentes da investigação. Não há problema em dar uma caracterização do marco teórico que articule os três significados: denomina-se marco teórico o componente metodológico de uma pesquisa, visando tornar explícitas as premissas teóricas que seriam pressupostas na abordagem de um objeto de conhecimento⁴².

⁴⁰ DOMINGUES, Ivan. **O grau zero do conhecimento**: o problema da fundamentação das ciências humanas. São Paulo: Loyola, 1999. p. 44-51.

⁴¹ KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelso Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 115 e seguintes.

⁴² SARLO, Oscar. El marco teórico en la investigación dogmática. In: COURTIS, Christian. **Observar la ley**: ensayos sobre la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006 p. 179-180. No original em espanhol: *“cuando se produce conocimiento científico no se parte de cero. [...] Siempre partimos de presupuestos que condensan saberes recibidos, porque ya estamos inmersos en una comunidad [...] de investigación a la cual pertenecemos. [...] El ‘marco teórico’ de una investigación tiene que ver precisamente con eso: es el conjunto de presupuestos teóricos que el investigador hace explícitos. Ello supone una cierta ambigüedad del término, que designa tanto (1) el conjunto de presupuestos teóricos implícitos en un determinado abordaje; (2) el conjunto de premisas*

O embasamento teórico deve conter as variáveis que compõem o fenômeno e ser coerente entre as partes elaboradas anteriormente (tema, delimitação, problema, hipóteses, objetivos e justificativa), posto que a finalidade da pesquisa não consiste apenas em elaborar um relatório, no caso, uma tese, mas desenvolver um caráter interpretativo em relação aos dados obtidos, sendo imprescindível correlacionar a pesquisa com o universo teórico, optando-se por um modelo, paradigma científico⁴³,

*teóricas explicitadas en una investigación; y (3) uno de los componentes del diseño de una investigación. Hecha la advertencia, no hay inconveniente en dar una caracterización del marco teórico que articule las tres acepciones: denominamos marco teórico al componente metodológico de un diseño de investigación, destinado a explicitar las premisas teóricas que estarían presupuestas en el abordaje de un objeto de conocimiento”. Cf. SARLO, Oscar. Investigación jurídica: fundamentos y requisitos para su desarrollo desde lo institucional. **Isonomia**, Distrito Federal, México, vol. 19. p. 183-196. Disponível em: <<https://goo.gl/GS6p36>>. Acesso em: 13 ago. 2015.*

⁴³ KUHN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelso Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 20. “Preocupado com o desenvolvimento científico, o historiador parece então ter duas tarefas principais. De um lado deve determinar quando e por quem cada fato, teoria ou lei científica contemporânea foi descoberta ou inventada. De outro lado, deve descrever e explicar os amontoados de erros, mitos e superstições que inibiram a acumulação mais rápida dos elementos constituintes do moderno texto científico”.

programa de pesquisa⁴⁴ ou tradição de pesquisa⁴⁵, que serve como embasamento à interpretação dos dados levantados⁴⁶.

A análise do objeto da presente pesquisa incidirá sobre uma visão de mundo democrática, situada no âmbito de uma tradição de pesquisa do positivismo jurídico, o constitucionalismo contemporâneo, de perspectiva democrática e popular, será o marco teórico da presente pesquisa. Esta será, pois, a teoria de base que norteará a reflexão a ser realizada sobre o tema escolhido. Com esse critério em vista, pretende-se investigar os deslocamentos percebidos pelo objeto central da pesquisa, especialmente na literatura jurídica contemporânea, colmatando seu significado na atualidade, de modo que a parte teórica da pesquisa sustente a proposição que será realizada ao final, considerando-se coerente com a base teórica encampada, que pugnará por uma aproximação do constitucionalismo dialógico (diálogos institucionais), com o constitucionalismo popular e o constitucionalismo democrático, de forma que, admitindo o exercício da jurisdição constitucional, não se recuse a possibilidade de participação popular democrática na formação do sentido da constituição.

⁴⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 66. No original em espanhol: “*Todos los programas de investigación científica pueden ser caracterizados por su «núcleo firme». La heurística negativa del programa impide que apliquemos el modus tollens a este «núcleo firme». Por el contrario, debemos utilizar nuestra inteligencia para incorporar e incluso inventar hipótesis auxiliares que formen un cinturón protector en torno a ese centro, y contra ellas debemos dirigir el modus tollens. El cinturón protector de hipótesis auxiliares debe recibir los impactos de las contrastaciones y para defender al núcleo firme, será ajustado y reajustado e incluso completamente sustituido. Un programa de investigación tiene éxito si ello conduce a un cambio progresivo de problemática; fracasa, si conduce a un cambio regresivo*”.

⁴⁵ LAUDAN, Larry. **O progresso e seus problemas**. São Paulo: EdUnesp, 2011. p. 115. Assim, uma definição preliminar e operacional da tradição de pesquisa poderia ser enunciada como “uma tradição de pesquisa é um conjunto de suposições acerca das entidades e dos processos de uma área de estudo e dos métodos adequados a serem utilizados para investigar os problemas e construir as teorias dessa área do saber”.

⁴⁶ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 224.

Não é tarefa simples delimitar o significado de constitucionalismo, que pode ser compreendido inicialmente como um sistema que estabelece direitos individuais que o legislador não tem o poder de anular ou comprometer⁴⁷. É também a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade⁴⁸. Em sentido bastante amplo, é um fenômeno relacionado ao fato de todo estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda atribuir, já em sentido estrito, cuida-se de técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escrita, seus direitos e garantias fundamentais, sem que o estado pudesse oprimir o povo pelo uso da força e do arbítrio⁴⁹. É ainda compreendido como conjunto de doutrinas que a partir da metade do século XVII tem se dedicado a recuperar o aspecto de limite do poder e a garantia de direitos⁵⁰.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, Oxford, abr. 1995, p. 2-11. Disponível em: <<https://goo.gl/2dkbfv>>. Acesso em: 26 jul. 2018. p. 2. No original em inglês: “By ‘constitutionalism’ I mean a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise”.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23. BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64. O constitucionalismo teria se desenvolvido em seis etapas: a) constitucionalismo primitivo (30.000 a.C. até 3.000 a.C); b) constitucionalismo antigo (3.000 a.C. até século V); c) constitucionalismo medieval (século V até século XV); d) constitucionalismo moderno (século XV até século XVIII); e) constitucionalismo contemporâneo (século XVIII aos dias atuais); e f) constitucionalismo do futuro ou do porvir.

⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. 2. ed. Madr: Trotta, 2001. p. 83. Um minucioso e detalhado levantamento histórico e conceitual de constitucionalismo pode ser encontrado em GADOTI, Giselle Araujo. **Do constitucionalismo ao transconstitucionalismo**: considerações sobre o(s) sentido(s) do constitucionalismo com especial referência aos direitos fundamentais.

Em maior ou menor grau, o constitucionalismo sempre esteve associado aos movimentos voltados à limitação do poder⁵¹ e à proteção dos direitos fundamentais⁵². Sua denominação gera polêmica, sendo possível identificar-se até quatro sentidos para o termo: a) limitação do poder; b) imposição de constituições escritas; c) função e posição das constituições na Sociedade; e d) evolução histórico-constitucional de um estado determinado⁵³. A origem do constitucionalismo pode ser encontrada no surgimento das constituições escritas e rígidas, ao final do século XVIII e início do XIX. Esse movimento, provocado por uma necessidade histórica de conter o arbítrio dos reis e promover a ideia-motriz de elaborar a constituição política do estado, determinou a transformação de um modelo de estado absoluto em um estado constitucional de direito, que o ocidente consagrou como o auge da evolução formal do estado, o que validou a constitucionalidade e seu controle como indispensáveis à normalidade do estado, e a constitucionalidade como um valor essencial à própria civilização ocidental⁵⁴.

Nesse contexto, recorda-se John B. Morral, que em célebre obra sobre Aristóteles, inicia sua abordagem com o seguinte epigrama lírico do poeta Focílides, do século VI a.C., expressando, em síntese artística, o sentimento dos gregos em relação à organização da pólis: “É melhor a pequena aldeia de pedras, se bem organizada, do que a desvairada

Brivibas: Novas Edições Acadêmicas, 2015. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set 1986, p. 5-62. Disponível em: <<https://goo.gl/bDyLj2>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁵¹ HOLTHE, Leo Van. **Direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 31.

⁵² PUCCINELLI JR., André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

⁵³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1. Um considerável apanhado dos deslocamentos históricos e em diversos autores pode ser encontrado na obra FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3-92.

⁵⁴ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

Nínive”⁵⁵. É usual atribuir a originalidade do regime democrático aos gregos do século V a.C. Todavia, é lícito presumir que sua gênese pode ser encontrada em um momento histórico ainda mais remoto, confundindo-se com a formação dos primeiros agrupamentos humanos.

Lewys Henry Morgan acredita que as instituições humanas (ele se refere em particular à família), tenham existido em estágios diversos (selvagem, barbárie e civilização), conectadas umas às outras em processo natural e necessário, sendo que as mais recentes investigações a respeito das condições primitivas da espécie humana entendem que a humanidade segue um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de lentas acumulações de conhecimento experimental⁵⁶. Friedrich Engels enumera os caracteres da *gens* e afirma que toda organização gentílica possuía um conselho, uma verdadeira assembleia democrática, formada por todos os homens e mulheres adultos, com o mesmo direito de voz e voto. Este conselho seria o responsável pela eleição e deposição do *sachem* (líder espiritual) e do chefe militar, pelo arbitramento da expiação (*wergeld*, indenização no caso de ofensa a um membro da *gens*), vingança de sangue (quando do homicídio de integrante da *gens*) e a autorização para adotar estranhos, perfilando um embrião democrático primitivo⁵⁷.

Fustel Coulanges assegura que as *gens* eram instituições de grande vigor e influência na primeira idade das Sociedades em comento, restando das mesmas, apenas vestígios⁵⁸. Com a supressão da realeza, buscou-se uma forma de substituir a hereditariedade. A fórmula encontrada é o sorteio, considerado revelação da vontade divina. Sócrates vislumbra a origem da democracia quando os pobres se sobrepõem aos ricos, eliminando-os e expulsando-os, repartindo igualmente com os que

⁵⁵ MORRAL, John B. **Aristóteles**. Tradução de Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: EdUnB, 1985. p. 7. No original em inglês: “A tiny rock-built citadel is fine far, if ordered well, than all your frantic Ninevehs”.

⁵⁶ MORGAN, Lewys Henry. A sociedade antiga. In: CASTRO, Celso (org.). **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 23.

⁵⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: La Fonte, 2012. p. 87.

⁵⁸ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996. p. 80.

ficam, o governo e os cargos públicos⁵⁹. Mas, efetivamente, é no ambiente da pólis que surgem os primeiros indícios característicos do que se resolveu designar por democracia⁶⁰. Não por outro motivo, Bertrand Russell afirma que em toda a história, nada há de tão surpreendente e tão difícil ao mesmo tempo de explicar, como o repentino aparecimento da civilização grega. É certo que muito do que constitui uma civilização já havia existido milhares de anos antes, no Egito e na Mesopotâmia, mas faltavam certos elementos que apenas foram fornecidos pelos gregos⁶¹. Cada uma das pólis gregas existentes tinha consciência de si como um todo⁶², dotada de uma vida moral que ela própria criara e sustentava, a qual se expressava na concepção de autossuficiência, ou *autarkeia*. E porque era autossuficiente, cada pólis pretendia autogovernar-se, criar suas próprias normas de convivência, sua religiosidade, estabelecer o seu próprio *modus vivendi*.

O estado representava para os antigos gregos uma ambiência social na qual todas as necessidades humanas se pudessem prover ou satisfazer plenamente, uma esfera dotada da indispensável autossuficiência na qual se desenrolava o plano de vida do cidadão grego. O estado-cidade desconhecia o conflito interno dos poderes sociais, a rivalidade intestina de instituições, grupos, facções ou partidos políticos, intentando quebrar a unidade monolítica do estado. A Sociedade política que ignorava conflitos desta ordem compunha na pólis um todo de tamanha homogeneidade, que a nenhum pensador ou jurista romano ocorreu a distinção entre estado e mais comunidades políticas, quer do ponto de vista externo, quer do ponto de vista interno⁶³.

⁵⁹ PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 273.

⁶⁰ VERGNIÈRES, Solange. **Ética e política em Aristóteles**. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1988. p. 149. “A cidade é, por seu gênero, comunidade (*koinonia*) natural; nela se exprime, como em toda comunidade natural, o impulso (*horme*) que empurra os homens uns em direção aos outros e que caracteriza sua sociabilidade natural”.

⁶¹ RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. Tradução de Breno Silveira. São Paulo: Nacional, 1965. p. 5. Cf. COOK, John Manuel. **Os gregos na Jônia e no oriente**. Lisboa: Editorial Verbo, 1971. p. 175.

⁶² BAKER, Sir Ernest. **Teoria política grega**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: EdUnB, v. 2, 1978. p. 16.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 123-124.

Aristóteles contrapôs à pólis outras duas formas de agrupamento social: a família, que reuniria os indivíduos unidos por um laço de sangue, e a tribo, que agruparia os vizinhos, em razão de algum interesse comum. Em ambos os casos se percebe que o interesse que une os grupos elencados é a sobrevivência. A pólis possui uma finalidade, “viver como convém que um homem viva”⁶⁴. Dentro de uma concepção ampla de democracia, Aristóteles distinguia cinco formas: a) ricos e pobres participariam do governo em condições paritárias, sendo que neste caso, a maioria seria popular unicamente em razão de a classe pobre ser mais numerosa; b) os cargos públicos são distribuídos com base em um censo muito baixo; c) são admitidos aos cargos públicos todos os cidadãos, mesmo aqueles privados de direitos civis após um processo judicial; d) são admitidos aos cargos públicos todos os cidadãos, sem exceção; e) quaisquer que sejam os direitos políticos, soberana é a massa e não a lei⁶⁵.

Não é por outro motivo a afirmação de Aristóteles de que o homem é um animal político⁶⁶. Na Grécia, como também na Itália, a unidade da vida política durante toda a época clássica foi dada pela cidade. O homem é um animal político na medida em que participa da vida da pólis⁶⁷. Por isso que François Châtelet afirma que Aristóteles especifica que por um lado, o homem não é nem uma besta nem Deus, mas que é um meio termo entre esses extremos. Por outro lado, faz parte da essência do homem ser um animal que possui *logos*, isto é, capacidade de falar de maneira sensata e de refletir sobre seus atos, daí a afirmação de ser o homem um animal político⁶⁸. A cidade antiga não era um mero agrupamento de indivíduos, com determinados interesses comuns, mas uma espécie de confederação de grupos anteriormente constituídos (família, fratria, cúria e tribo), os quais continuaram a existir na cidade. A tribo, tanto quanto a família e a fratria se constitui em um corpo independente, com culto especial de onde

⁶⁴ CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 14.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 320.

⁶⁶ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995. p. 14.

⁶⁷ BAKER, Sir Ernest. **Teoria política grega**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: EdUnB, v. 2, 1978. p. 27.

⁶⁸ CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 14-15.

o estranho era completamente excluído. Uma vez constituída a tribo, nenhuma nova família poderia ser admitida. A religião não permitia que duas tribos se fundissem. Mas como diversas fratrias se uniram e formaram uma tribo, diversas tribos puderam se associar, com a condição de que o culto doméstico de cada uma fosse respeitado. Quando ocorreu essa aliança, nasceu a cidade⁶⁹.

Outro aspecto considerável era o número de cidadãos com tempo e interesse em participar dos negócios públicos, fazendo com que na realidade, um número bastante reduzido de cidadãos tomasse as decisões políticas em nome da maioria de habitantes da pólis. No espaço da Hélade ocorria uma completa desvalorização do indivíduo perante o estado. Dalmo Dallari recorda o caráter restritivo da democracia helênica, posto que somente os cidadãos é que participavam das decisões políticas, e o conceito de cidadão era muito restritivo⁷⁰. A democracia era privilégio de um número bastante reduzido de homens livres, apoiados em uma esmagadora maioria de homens despossuídos do *status* de cidadania⁷¹. Assim, quando se fala em democracia na Grécia, primordialmente em Atenas, não é demasiado esclarecer que a maioria da população não participava de modo algum do processo político. Em Atenas, por exemplo, além dos escravos, não eram cidadãos as mulheres, os estrangeiros, nem os artesãos ou comerciantes. Quanto a estes dois últimos grupos profissionais, Aristóteles defende a sua exclusão da cidadania com o argumento de que “não teriam tempo suficiente para se dedicarem aos negócios públicos”⁷².

Diversa foi a experiência entre os romanos. A instituição de um regime de governo democrático ou popular não se impunha claramente em Roma, cabendo aos côsules grande autonomia na atuação política, tais como na elaboração, decisão e aplicação das leis. Se é possível

⁶⁹ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996. p. 101.

⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 54.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 268.

⁷² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, vol. 28-29. p. 85-106. Disponível em: <<http://goo.gl/TBt8HR>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

afirmar que a civilização romana não teve a riqueza do gênio grego, é necessário registrar que soube transportar para o real as ideias elaboradas pelos gregos e construir instituições eficientes. O pragmatismo e a prática política de Roma apenas aceitam o compromisso e a oportunidade na medida em que estes concorram para a elevação da grandeza e potência da cidade fundada por Rômulo. Até mesmo nos períodos mais obscuros do despotismo imperial, Roma sempre se proclamou republicana⁷³. O cidadão, que a língua latina traduziu de *polites* para *cives*, era aquele que possuía o *jus civitatis*⁷⁴, que distinguia o romano do não romano⁷⁵. O direito romano, diversamente do modelo atual, não atribuía personalidade a todo indivíduo. Naquela época haviam três requisitos caracterizadores da personalidade: a liberdade (*status libertatis*), a cidadania (*status civitatis*) e a família (*status familiae*). A perda de qualquer um desses estados era conhecida como *capitis diminutio*, e excluía ou restringia a capacidade de direito. Por isso que não a possuíam os escravos, por serem privados do *status libertatis*, os estrangeiros, por lhes faltar o *status civitatis*, e os filhos menores, enquanto não possuísem o *status familiae*⁷⁶.

A respeito do sentido de democracia entre os antigos, Hans Kelsen recorda o episódio referido no Evangelho de São João, no qual Jesus é levado a Pilatos e é questionado sobre o fato de ser o rei dos judeus. Jesus então responde que veio ao mundo para dar seu testemunho da verdade, quando então o céptico Pilatos o questiona novamente sobre o que significa a verdade. Como não identificasse crime algum nos atos de Jesus e por ser tradição judaica, na época da páscoa, a libertação de um judeu, perguntou à assembleia se desejavam a libertação de Jesus e ouviu a

⁷³ CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 22-23.

⁷⁴ MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 33-35. CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**: introdução ao direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 49-50.

⁷⁵ Cf. MELO, Milena Petters. Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998. p. 77-87.

⁷⁶ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 36.

resposta: “Este não, mas Barrabás, o ladrão”⁷⁷, revelando um certo pessimismo quanto às decisões democráticas.

Em Roma, a atividade política, além da dominação exercida pelo estado, seria instrumentalizada pelo direito romano. O direito que vigorou no império romano não autorizava a interferência do estado na propriedade privada e nem nos interesses particulares dos patrícios, determinando que o estado não se imiscuísse nos negócios privados⁷⁸. Em Atenas, como nas demais cidades gregas, existiu um processo de publicização do espaço privado. Já em Roma, ocorre exatamente o inverso, o estado preocupa-se em cuidar, inclusive, dos interesses daqueles que o mantêm⁷⁹.

Com a decadência da civilização greco-romana, o mundo ocidental atravessou vários séculos de supressão da democracia. O período seguinte à antiguidade marca uma época de transição entre o antigo e o moderno. Foi sobre o terreno preparado durante o largo período do medievo que a noção liberal de democracia se ergueu, tendo seu apogeu com a revolução francesa, irradiando seus valores para o resto do mundo ocidental. O movimento medieval de centralização e expansão do poder político, a culminar com a instauração do regime do absolutismo monárquico, suprimiu este espaço limitado de liberdade. Foi contra ele que se forjou, pela via revolucionária, na Inglaterra e na França, o embrião da democracia moderna⁸⁰. O desaparecimento do tênue limite que os antigos precisavam transpor diariamente entre o espaço privado e o espaço público é um fenômeno moderno⁸¹.

Com raras exceções, o modelo tripartite de Aristóteles foi acolhido em toda a tradição do pensamento ocidental até tornar-se lugar comum da

⁷⁷ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 203-204.

⁷⁸ MAAR, Wolfgang. **O que é política**. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 32-33.

⁷⁹ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, v. I, 1991. p. 103.

⁸⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, vol. 28-29. p. 85-106. Disponível em: <<http://goo.gl/TBt8HR>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

⁸¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 43.

tratadística política⁸², recorde-se Marsílio de Pádua⁸³, São Tomás de Aquino⁸⁴, Nicolau Maquiavel⁸⁵, Jean Bodin⁸⁶, Thomas Hobbes⁸⁷, John Locke⁸⁸ e Jean-Jacques Rousseau⁸⁹, dentre outros. Norberto Bobbio, ao tratar do verbete democracia, compreende que na teoria contemporânea da democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica (aristotélica), das três formas de governo, segundo a qual a democracia, como governo do povo, de todos os cidadãos, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como governo de um só, e da aristocracia, como governo de poucos; b) a teoria medieval, apoiada na soberania popular; c) a teoria moderna, segundo a qual as formas históricas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república. O problema da democracia, das suas características, de sua importância ou desimportância é tão antigo quanto a reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reformulado em todas as épocas. De tal maneira que um exame do debate contemporâneo em torno

⁸² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 321.

⁸³ Cf. PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Tradução de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁸⁴ Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: primeira parte - questões 84-89. Tradução de Carlos Artur Ribeiro do Nascimento. Uberlândia: EdUFU, 2016.

⁸⁵ Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

⁸⁶ Cf. BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

⁸⁷ Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Cf. HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸⁸ Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁸⁹ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

do conceito e do valor da democracia não pode prescindir de uma referência à tradição⁹⁰.

A concepção individualista da Sociedade, consequência do pensamento jusnaturalista, significou que, em primeiro lugar, viria o indivíduo, o qual possui valor em si mesmo, para, somente depois, vir o estado, e não o contrário, uma vez que o estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo estado⁹¹. O marco histórico desta mudança é a revolução francesa, desencadeada após a convocação dos Estados Gerais, no qual três classes de homens travam, no campo político, a batalha pelos direitos individuais do cidadão⁹². Tal é a compreensão que se pode fazer do art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dispõe sobre a conservação dos direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, do homem como o objetivo de toda associação política⁹³.

Percebe-se então uma profunda mudança na maneira de se considerar a relação estado-indivíduo. Até a Idade Média, a posição estabelecida era a de que o estado possuiria o direito de comandar e o indivíduo, o dever de obedecer. A partir da Idade Moderna, com a teoria dos direitos naturais, anteriores à formação de qualquer Sociedade política, inverte-se a relação estado-indivíduo, sendo que a partir de então o indivíduo frui primeiro os direitos e depois cumpre seus deveres, já com

⁹⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 319-320.

⁹¹ Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁹² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o terceiro estado?** Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. p. 89.

⁹³ Cf. JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**. São Paulo: Atlas, 2015. O artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão possui o seguinte texto: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”. No original em francês: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression*”.

relação ao estado, deve inicialmente cumprir suas obrigações e depois exercitar seus direitos⁹⁴.

A partir das revoluções liberais e das constituições decorrentes, a declaração de independência dos Estados Unidos e a declaração dos direitos do homem e do cidadão, consagram-se os princípios liberais, políticos e econômicos. Mas triunfaria o liberalismo, não a democracia⁹⁵. Isso porque a democracia somente pode ocorrer se todas as classes sociais tiverem as mesmas oportunidades no processo social, de forma a se criar as mesmas possibilidades de escolha na vida pessoal e profissional. E essa não era a prerrogativa porque lutava a burguesia no século XVIII. A constituição do estado liberal em oposição ao superado modelo absolutista e a instalação de alguns direitos individuais fundamentais, não configuraram mudanças suficientes para a conquista da democracia⁹⁶.

Jean-Jacques Rousseau propõe o deslocamento da soberania, do monarca para o povo, mudando o conceito de vontade singular do príncipe para o de vontade geral do povo. No sistema imaginado não há lugar para a democracia indireta, para a representação ou a delegação de poderes. A soberania é a vontade geral e a vontade não se representa. Pela mesma razão porque é inalienável, a soberania é indivisível, visto que a vontade ou é geral ou não é, ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte. No primeiro caso essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei, no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de representantes do estado⁹⁷.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 60.

⁹⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. Cf. BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015. Cf. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. Cf. BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas: as origens da democracia italiana**. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: EUnB, 2001. Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

⁹⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 34-35. “Para que

O princípio democrático moderno enfrentou muitas dificuldades de aplicação. A primeira se refere ao tamanho das repúblicas modernas que dificulta o exercício direto do poder pelo cidadão na atualidade. O estado se destaca da Sociedade civil⁹⁸, o poder não pode mais ser exercido por todos. Para evitar o despotismo, o princípio republicano⁹⁹ consagra a ideia do controle popular pelo sufrágio universal, inspirando-se na visão de soberania popular defendida por Jean-Jacques Rousseau, segundo a qual “A soberania sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder - não a vontade”¹⁰⁰.

Pela teoria da representação, a origem e o fim de toda a soberania reside no povo. Como o indivíduo não possuiria mais as condições necessárias para o exercício direto do poder, escolheria pelo voto os seus representantes. Apesar da universalização deste princípio, não é correto afirmar que não conheceu períodos de exceção, em que foi colocado de lado o interesse da população¹⁰¹. A noção idealizada de república chegará até a revolução francesa, em oposição ao governo real, como a forma de governo em que o poder não está concentrado nas mãos de um só, mas é distribuído por diversos órgãos colegiados. É com Jean-Jacques Rousseau que os ideais republicanos e democráticos coincidem perfeitamente. Na sua obra confluem, até se fundirem, a teoria clássica da soberania popular, através da formação de uma vontade geral inalienável, indivisível e

uma vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas sim que todos os votos sejam contados. Qualquer exclusão formal rompe a generalidade”.

⁹⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1994.

⁹⁹ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 1-19.

¹⁰⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 321.

infalível, o poder de fazer as leis e a teoria contratualista do estado. O estado que Jean-Jacques Rousseau constrói é um estado democrático¹⁰².

Entre escritores liberais, como Alexis de Tocqueville¹⁰³ e John Stuart Mill¹⁰⁴, afirmou-se a ideia de que a única forma de democracia compatível com o estado liberal é a democracia representativa, na qual o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembleia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos. Na teoria política contemporânea, prevalente nos países de tradição democrático-liberal, as definições de democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se em um elenco mais ou menos amplo de regras de jogo. Essas regras estabelecem como se deve chegar à decisão política (procedimento), mas não o que decidir (conteúdo). Do ponto de vista do que decidir, o conjunto de regras do jogo democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar sem validade as regras do jogo. Nenhum regime histórico jamais observou inteiramente todas as regras do jogo. Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático¹⁰⁵.

A democracia é uma palavra vaga e abrangente, muitas vezes empregada como um sinônimo de bom governo ou daquilo que é desejável em um estado. Se a democracia significa um governo bom e desejável, não haveria necessidade de discutir a democracia, mas sim de discutir as formas de igualdade que devem caracterizar um estado democrático. Democracia não equivale, em todos os sentidos, a soberania popular, que representa um estado de coisas em que as pessoas exercem o controle final sobre o governo. Também não há identidade entre democracia e majoritarismo, em que a maioria das pessoas exerce controle sobre os governantes. Soberania popular e majoritarismo estão associados à prática da democracia, mas eles próprios não definem a

¹⁰² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 321.

¹⁰³ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁰⁴ Cf. MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita de Cássia Gondin Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 323-327.

democracia. A democracia se refere a valores políticos substantivos, enquanto soberania popular e majoritarismo são descritivos e se referem a procedimentos de tomada de decisão. Governos não se tornam democráticos porque realizam eleições em que as maiorias governam. Tais eleições são atualmente realizadas na Coreia do Norte¹⁰⁶.

O único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é considerá-la caracterizada por um conjunto de regras primárias ou fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Na linguagem política contemporânea costuma-se diferenciar entre a democracia formal, caracterizada pelo *universal procedural* e a democracia substancial, que faz referência a conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo. Segundo uma antiga fórmula que considera a democracia como governo do povo e para o povo, a democracia formal é mais um governo do povo, enquanto a substancial é mais um governo para o povo¹⁰⁷.

Jean-Jacques Rousseau diagnosticou que a tomada de decisão coletiva é opressiva e autoritária a menos que exista uma conexão interna entre as vontades particulares dos cidadãos e a vontade geral da coletividade. Evidentemente não existe uma identidade completa entre as vontades particulares dos cidadãos e a vontade geral do estado democrático. Basta que os cidadãos possam reconhecer naquela vontade geral a sua própria potencialidade. Quando isso acontece, a tomada de decisões é democrática, mas quando os cidadãos se sentem alienados da vontade geral ou do processo pelo qual a decisão é tomada, votar se transforma em um mecanismo opressivo e antidemocrático. O valor democracia só pode ser cumprido se existir mediação contínua entre a autodeterminação coletiva e a autodeterminação de cidadãos particulares. A autodeterminação é muitas vezes interpretada como a possibilidade de

¹⁰⁶ Cf. POST, Robert C. Democracy and equality. **Faculty Scholarship Series**. p. 24-36. Disponível em: <<https://goo.gl/p5o2Dg>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 18 e 151.

as pessoas serem responsáveis, em última instância, pelas decisões governamentais, seja por tomar tais decisões diretamente ou eleger aqueles que tomam essas decisões. A prática do autogoverno exige que o povo tenha a convicção que está envolvido no processo de se governar, enfatizando a diferença entre tomar decisões particulares e reconhecer decisões particulares como próprias. O governo autônomo é sobre a autoridade de decidir e não sobre a tomada de decisões¹⁰⁸. Uma vez que na longa história da teoria democrática se entrecruzam motivos de métodos e motivos ideais, segundo a qual o princípio igualitário que a inspira (democracia como valor) se realiza somente na formação da vontade geral (democracia como método), ambos os significados de democracia são historicamente legítimos. O único ponto sobre o qual se pode concordar é que a democracia perfeita, até agora não realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto, deveria ser simultaneamente formal e substancial¹⁰⁹.

A grande questão, segundo Hans Kelsen, é saber se há algum conhecimento da verdade absoluta ou alguma compreensão absoluta dos valores. Esta dificuldade é a origem da antítese democracia-autocracia. O relativismo é uma concepção de mundo suposta pela democracia, que julga da mesma maneira a vontade de cada um, assim como respeita igualmente cada credo, cada opinião política, cuja expressão é a vontade política. É exatamente por isso que a democracia atribui a cada convicção política a mesma possibilidade de se exprimir e de conquistar o ânimo dos homens através do livre convencimento, do diálogo, do debate no campo das ideias e do respeito ao pensamento contrário¹¹⁰. Um indivíduo é politicamente livre na medida em que está em harmonia com a coletividade expressa na ordem social. A harmonia entre o coletivo e o individual só será garantida se a ordem social for criada pelos indivíduos cujo comportamento ela regula. A ordem social é a autodeterminação do indivíduo participando da criação da ordem social. A vontade da

¹⁰⁸ Cf. POST, Robert C. Meiklejohn's mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. **University of Colorado Law Review**, Denver 1993, p. 1.109-1.137. Disponível em: <<https://goo.gl/8HexhY>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 329.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 103.

comunidade, em uma democracia, é sempre criada através da livre consideração de argumentos para e contra a regulamentação de um assunto. Esta discussão ocorre não só, mas principalmente, em reuniões políticas, jornais, livros e outros veículos de opinião pública. Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos¹¹¹.

A discussão do sentido de democracia não se afasta muito daquela existente entre o direito natural e o direito positivo, entre jusnaturalismo e juspositivismo. Ao longo dos séculos XVI e XVII, quando se forma o estado moderno, com ele se expandem os valores do direito natural, contrapostos ao modelo medieval. O comércio, a industrialização e a ascensão da classe burguesa promovem reflexões sobre o papel e o fundamento último do direito, procurando-o em algum elemento metafísico (Deus, a natureza ou a razão) ou então na vontade democrática dos homens livres e reunidos em assembleia soberana. Norberto Bobbio resalta o fato de que toda a tradição do pensamento jurídico ocidental (cf. Édipo Rei) é dominada pela distinção entre direito positivo e direito natural, distinção que, quanto ao conteúdo, já se encontrava presente no pensamento grego e latino¹¹². Interessante observar que a expressão positivismo jurídico não deriva de positivismo em sentido filosófico, embora no século XIX tenha havido uma certa ligação entre ambos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico, mas em suas origens, que se encontram no início do século XIX, nada tem a ver com o positivismo filosófico, tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão positivismo jurídico deriva da locução direito positivo contraposta a direito natural. Para compreender o significado do positivismo jurídico é necessário esclarecer o sentido da expressão direito positivo¹¹³.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. acredita que em todos os tempos o direito sempre foi percebido como algo estável face às mudanças do mundo, seja seu fundamento a tradição, como entre os romanos, a

¹¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 408. Cf. POST, Robert C. Democracy and equality. **Faculty Scholarship Series**. p. 24-36. Disponível em: <<https://goo.gl/p5o2Dg>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

¹¹² Cf. SÓFOCLES. **Édipo rei**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

revelação divina, como se deu no medievo, ou a razão entre os modernos. Para a consciência social do século XIX, em princípio, todo direito muda. A institucionalização da mutabilidade do direito na cultura corresponde ao fenômeno da positivação do direito¹¹⁴. As características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas: a) abordagem do direito: como fato e não como valor, quando o jurista é comparado ao cientista que estuda a realidade sem formular juízos de valor; b) definição: feita em função do elemento coação, vale por meio da força; c) fonte: legislação como origem preeminente do direito (direito como *sub specie legis*); d) teoria da norma jurídica: a norma é um comando imperativo; e) teoria do ordenamento jurídico: conjunto de normas jurídicas vigentes em uma Sociedade (exclusão da contrariedade e noção de completude); f) método da ciência jurídica: sustenta uma técnica de interpretação mecanicista, na qual prevalece o elemento declarativo ao criativo do direito; g) teoria da obediência: submissão absoluta da lei enquanto tal (*gesetz ist gesetz*)¹¹⁵.

Hans Kelsen é apresentado como um dos maiores juristas do século XX e o maior divulgador do positivismo jurídico, ainda que receba muitas e infundadas críticas, de todas as espécies¹¹⁶. Outro adepto do positivismo jurídico é Herbert Lionel Adolphus Hart, que apresenta um desenvolvimento teórico do positivismo jurídico, especialmente quanto à distinção entre direito e moral e sua relação com a obediência das leis, mas pretende fugir às armadilhas do positivismo jurídico normativista e

¹¹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 68.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131-133.

¹¹⁶ Cf. BOTELHO, Alexandre. O lugar da fala de Hans Kelsen em teoria pura do direito. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique (org.). **Direito, teorias e sistemas**. Florianópolis: Insular, 2015. Como se dá, por exemplo, com o argumento mal-intencionado, ou mal-empregado, *ad hitlerum*, explicado pela primeira vez por STRAUSS, Leo. **Direito e história natural**. Tradução de Miguel Morgado. Coimbra: Edições 70, 2009. p. 39. “Na sequência deste movimento em direção ao seu fim nós inevitavelmente deveremos alcançar um ponto além do qual a cena é obscurecida pela sombra de Hitler. Infelizmente, isso não será feito sem dizer que, na nossa análise, é preciso evitar a falácia que nas últimas décadas tem sido frequentemente utilizada em substituição ao *reductio ad absurdum*: o *reductio ad Hitlerum*. Uma opinião não é refutada pelo fato de ocorrer que ela tenha sido compartilhada por Hitler”.

se dispõe a admitir a presença de princípios orientadores do ordenamento jurídico, assim como a não separar os fundamentos jurídicos dos fundamentos morais. Todavia, tais princípios decorrentes da moral convencional, podem ser utilizados de forma discricionária pelo juiz, na medida em que não está sujeito a padrões na decisão¹¹⁷. O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito em verdadeira e adequada ciência que tenha as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais¹¹⁸. O empreendimento de Hans Kelsen é desenvolver uma teoria jurídica pura, sem estar contaminada pela ideologia política e por elementos de ciência natural, consciente da sua especificidade em decorrência da legalidade específica do seu objeto, elevando a ciência jurídica, que (ainda) se esgota em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do direito, mas as suas tendências dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão¹¹⁹.

O positivismo jurídico representa o estudo do direito como fato, não como valor. Na definição do direito exclui-se toda qualificação fundada em um juízo de valor ou que comporte a distinção do direito em bom ou mau, justo ou injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que se manifesta na realidade histórico-social, ou seja, a norma. O positivismo jurídico estuda o direito real, sem se perguntar se além deste existe um direito ideal (como o direito natural) e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal. Pode-se encontrar a primeira noção de positivismo jurídico em Marsílio de Pádua, para quem o que é justo não é por si mesmo o próprio direito, posto que o justo não é um requisito essencial da lei, já que a ausência da justiça não exclui a juridicidade da norma. O justo não serve

¹¹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 334-340.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. prefácio à primeira edição.

para distinguir a lei da não-lei, mas sim a lei perfeita da lei imperfeita, isto é, a justiça incide não sobre a juridicidade, mas sobre o valor lei¹²⁰.

A despeito das críticas formuladas ao positivismo jurídico de Hans Kelsen, tem-se que são inegáveis a importância e a genialidade de seu pensamento na determinação das construções lógico-formais da ciência jurídica, em especial no rompimento dos paradigmas vigentes em sua época, desqualificando o direito natural como teoria válida do direito, além de inúmeras contribuições à dogmática jurídica. O discurso crítico sobre a teoria kelseniana deve ser capaz de mostrar como um discurso logicamente consistente estabelece uma proposta de racionalidade ideológica, que não é apenas aquela do discurso tradicionalmente reconhecido como ideológico, mas é, sobretudo, a racionalidade que sustenta logicamente o que se entende por saber científico e objetividade nas ciências sociais¹²¹. A utopia não é um modo de chegar, mas de continuar caminhando. Na atualidade pós-quase-tudo, em um universo que tende para o caos, não é pequena a aventura daqueles que, como Hans Kelsen, tentam fundar a ordem em meio à desordem¹²². Por isso, apesar de todas as críticas honestas e desonestas, continua viva sua obra¹²³.

O retrato do direito como algo indeterminado ou incompleto em parte, e do juiz que preenche as suas lacunas no exercício de seus poderes limitados para criar direito¹²⁴, é rejeitado pelos críticos do positivismo jurídico como um retrato desfigurado tanto do direito quanto do raciocínio judicial. O que é realmente incompleto não é o direito, mas o retrato positivista dele, e que tal coisa é assim se evidencia na melhor descrição que o antipositivista dá do que os juízes fazem e devem fazer quando

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 141.

¹²¹ WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: EdUFSC, 1983. p. 22.

¹²² BOTELHO, Alexandre O lugar da fala de Hans Kelsen em teoria pura do direito. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique (org.). **Direito, teorias e sistemas**. Florianópolis: Insular, 2015. p. 13.

¹²³ Cf. COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, jan./jun 2011, p. 41-84. Disponível em: <<http://goo.gl/h3XvsS>>. Acesso em: 10 out. 2015.

¹²⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 77-83.

acharem que o material jurídico *standard* identificado por referência às fontes sociais do direito se revela indeterminado¹²⁵. As objeções de Hans Kelsen prendem-se ao fato de que sua teoria do direito tem como objeto a norma e, em razão disso, não importa sua derivação político-econômica, mas sim sua fundamentação lógica e a consistência de sua validade. O mínimo grau de eficácia do direito somente é condição, e não fundamento, de sua vigência. A norma fundamental não se reduz a relações econômicas ou interesses economicamente fundados em uma classe dominante. O objeto da teoria de Hans Kelsen é o direito objetivo e não a relação jurídica de direito subjetivo¹²⁶. O desenvolvimento do positivismo jurídico, nas suas mais variadas versões, sofreu um forte impacto com a segunda guerra mundial e as atrocidades praticadas com base no texto legal. A revelação dos horrores nazistas, o reconhecimento e a promoção dos direitos humanos levou a uma busca de novas possibilidades do direito, com particular respeito à noção de dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos como valores universais. A moral voltou a imiscuir-se na seara jurídica, produzindo uma diversidade de teorias e movimentos jurídicos, políticos e sociais ao longo da segunda metade do século XX. Não se desconhece as limitações e dificuldades metodológicas do positivismo jurídico. Assim é que, especialmente após a segunda guerra mundial, teve início um movimento constitucionalista na Europa, o qual procurou aperfeiçoar o modelo positivista, encontrando

¹²⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío al positivismo jurídico. **Sistema**, Madrid, maio 1980, p. 3-18. Disponível em: <<http://goo.gl/xucD1F>>. Acesso em: 12 dez. 2015. p. 5. No original em espanhol: “*Este retrato del derecho como algo indeterminado o incompleto en parte, y del juez llenando las lagunas al ejercer sus poderes limitados de crear derecho, es rechazado por el moderno antipositivista como un retrato desfigurado tanto del derecho como del razonamiento judicial. Pretende que lo que es realmente incompleto no es el derecho sino el retrato positivista, de él, y que tal cosa es así se evidenciará en la mejor descripción que el antipositivista da de lo que los jueces hacen y debieran hacer cuando encuentran que el material jurídico standard identificado por referencia a las fuentes sociales del Derecho se prueba indeterminado*”.

¹²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 363-371. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193. REICH, Norbert. **Teoría impura del derecho y teoría marxista del derecho**. Bogotá: Temis, 1984. p. 23-24.

seu fundamento nas constituições principiológicas editadas a partir de então. Todas essas questões se revelam em maior intensidade na aplicação do direito constitucional no âmbito da jurisdição constitucional, no qual as modernas constituições, dotadas de normas de conteúdo aberto, permitem aos magistrados o exercício de um papel moralizador da Sociedade na aplicação do direito. É sobre o exercício da jurisdição constitucional que o próximo capítulo irá se debruçar.

3. ANTECEDENTES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Há um brocardo latino muito utilizado em manuais jurídicos, sujeito a uma série de críticas, mas que permite um exercício mental interessante a respeito do controle de constitucionalidade: *ubi societas, ibi jus*¹²⁷. Referido adágio permite conceber que onde há um agrupamento humano, necessariamente haveria a presença do direito. Ampliando esse raciocínio, é possível admitir que, havendo direito, haverá também algum tipo de direito constitucional, ou seja, um regramento sobre o exercício do poder em relação ao corpo social e político. Ampliando um pouco mais essa base teórica é possível admitir que, havendo um corpo constitucional de regras presente em todos os agrupamentos sociais e em todas as épocas, haveria a necessidade de fazer cumprir e dar sentido a esse conjunto diferenciado de normas, permitindo admitir que a noção primária de controle de constitucionalidade é tão antiga quanto são os grupos humanos organizados.

A tragédia de Antígona, filha de um relacionamento incestuoso entre Édipo e Jocasta, revela o amor fraternal da personagem por seu irmão Polinices, o qual buscava retomar o poder que havia sido retirado de seu pai, tendo avançado contra os tebanos, contrariando a vontade de seu tio Creonte. Após uma sangrenta batalha, os irmãos de Antígona morrem lutando pelo trono de Tebas. Creonte, agora rei, decide honrar como herói Etéocles, que lutou até o fim pela cidade, e deixar Polinices, o traidor, insepulto. Antígona clama ao rei que lhe permita realizar as solenidades e honras fúnebres de seu irmão Polinices, para que este não sofresse ainda mais no Hades. Mesmo sem a permissão de Creonte, Antígona promove o sepultamento de seu irmão e confronta o rei, afirmando que seu decreto não foi Zeus quem o promulgou, nem a justiça estabeleceu tais leis para os homens. Para Antígona, o édito de Creonte não tem poder para sobrelevar os preceitos não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre¹²⁸. Essa passagem revela a dicotomia entre direito natural e direito

¹²⁷ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 25.

¹²⁸ SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: EdUnB, 1997. p. 45. Cf. OLIVEIRA, Janio Davila de. O

positivo, entre uma ordem normativa superior, segundo acreditavam os gregos, e um ordem normativa inferior (*diké*). O apelo de Antígona equivale, grosso modo, a um pedido para que a lei superior prevaleça, diante de um comando claramente contrário ao direito divino (*thêmis*)¹²⁹. Assim é que, em sentido amplo, torna-se possível que a ideia elementar do controle de constitucionalidade, qual seja, dar sentido prático a integridade das normas de cunho constitucional (superior) sempre esteve presente no desenvolvimento histórico da humanidade.

Os gregos antigos possuíam uma noção vaga de controle de constitucionalidade quando diferenciavam *nomos* (leis constitucionais) do *psefisma* (leis ordinárias), quando o descompasso entre ambos era resolvido em favor do primeiro, em face de sua reconhecida superioridade. Muitos elementos apontam para que o procedimento praticado pelos gregos do período clássico, sob a denominação de *graphé paranomon* seja o mais remoto ancestral daquilo que hoje se conhece por controle de constitucionalidade¹³⁰. Diversos autores¹³¹ diferenciam

discurso de Creonte na Antígona de Sófocles. **Fragmentum**, Santa Maria, jul./set. 2013, p. 85-96. Disponível em: <<https://goo.gl/qYrrbT>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. RODRIGUES, Carla. Antígona: lei do singular, lei no singular. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, jun. 2012, p. 32-54. Disponível em: <<https://goo.gl/JQNXJY>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹²⁹ Cf. CRUZ, Nuno Miguel. A relação entre direito e justiça. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, vol. 5, n. 3. p. 1.145-1.175. Disponível em: <<https://goo.gl/z9FXJz>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

¹³⁰ Cf. LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

¹³¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 50-51. Cf. CRUZ, Nuno Miguel. A relação entre direito e justiça. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, vol. 5, n. 3. p. 1.145-1.175. Disponível em: <<https://goo.gl/z9FXJz>>. Acesso em: 16 jan. 2018. Cf. MACHADO, Priscila Martins. El control constitucional de las leyes en Atenas. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, 2017, p. 37-57. Disponível em: <<https://goo.gl/8gWuV6>>. Acesso em: 17 jan. 2018. Cf. LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018. Cf.

nomos de *psefismas*, essas últimas, espécie de leis ordinárias ou decretos, de hierarquia inferior, fruto do trabalho da *ekklesia*. Em Atenas, uma ação especial denominada *graphé paranomon* podia ser manejada por qualquer cidadão¹³² contra todo aquele que tivesse a iniciativa de uma *psefisma* violadora de uma *nomos*. A concepção grega de *nomos* pode ser melhor compreendida a partir da advertência de Demóstenes a um júri de Atenas, segundo o qual os homens devem obedecer a lei por quatro razões: a) eram prescritas pelos deuses; b) eram uma tradição ensinada pelos sábios que conheciam os bons e antigos costumes; c) eram deduções de um código moral eterno e imutável; d) eram fruto do acordos de homens entre si, vinculando-os por causa de um dever moral de cumprir suas promessas¹³³.

Ao se tomar a noção de controle de constitucionalidade em sentido amplo, ou seja, como cotejamento entre uma norma de índole superior em relação a outra de hierarquia inferior, deve-se ter em conta a experiência dos gregos, especialmente daquela havidas em Atenas no período clássico, posto que, ao que tudo indica, foi lá que se desenvolveu o mais

GLOTZ, Gustave. **A cidade grega**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988. Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cf. OSTWALD, Martin. **From popular to the sovereignty of law**. Berkeley: University Of California Press, 1986. Cf. GROTE, George. **A history of Greece: from earliest period to the close of the generation**. 4. ed. Londres: John Murray Ed., 1872.

¹³² A respeito das limitações do sentido de cidadão na antiguidade, BOTELHO, Alexandre. **Curso de ciência política**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. p. 325-333.

¹³³ POUND, Roscoe. **An introduction to the philosophy of law**. New Heaven: Yale University Press, 1922. p. 9. No original em inglês: “*We may understand the materials upon which Greek philosophers were working if we look at an exhortation addressed by Demosthenes to an Athenian jury. Men ought to obey the law, he said, for four reasons: because laws were prescribed by God, because they were a tradition taught by wise men who knew the good old customs, because they were deductions from an eternal and immutable moral code and because they were agreements of men with each other binding them because of a moral duty to keep their promises. It was not long since that men had thought of legal precepts as divinely revealed, nor was it long since that law had been a tradition of old customs of decision*”.

primitivo dos modelos de controle de constitucionalidade de que se tem notícia. Para tanto, deve-se ter em conta a diferenciação que havia ao sentido atribuído à categoria lei. Para os gregos, *nomos* compreendia a emanção de um querer, de uma vontade divina, permanente, quase eterna. Enquanto que para os romanos, o equivalente *lex*, representaria uma espécie de emanção da vontade humana (*voluntas*). A *psefisma* não era uma simples emanção ou produto da vontade da *polis*, mas estava sujeita, pela sua própria natureza, a constantes transformações. A *nomos*, para os gregos, era uma espécie de norma transcendente, preexistente ao próprio direito. Era o produto de uma vontade divina, constituindo o legislador, a exemplo de Sólon, um mero interprete do querer dos deuses. Sendo a *nomos* um equivalente a emanção de um querer divino, e não de um querer humano, diversas consequências podem ser apontadas. Se emanadas por um desejo divino, as leis deveriam ser, pelo menos em princípio, imutáveis ou de difícil modificação pelo querer da *ekklesia*, sua modificação era algo excepcional, o que garantia a excepcionalidade da sua modificação era a existência de uma série de normas que, em seu núcleo, eram atribuídas a Sólon, muito diferente do que ocorreria em Roma, em que qualquer oportunidade servia como justificativa para a elaboração de novas leis ou modificação das já existentes. Em Atenas havia um verdadeiro processo legislativo, todo concebido para a alteração das leis antigas, como emanção de um desejo divino. Diversas formalidades haviam sido prescritas para que leis novas fossem introduzidas no arcabouço jurídico da pólis. Qualquer cidadão poderia apresentar uma ação pública em desfavor da lei aprovada pela assembleia, quando as formalidades exigidas não fossem observadas. Bastava o parecer ou o entendimento do cidadão ateniense (lembrando a limitação do significado de cidadania nesse período). A ação, denominada *graphé paranomon*, talvez seja o mais remoto ancestral daquilo que hoje recebe a denominação de controle de constitucionalidade¹³⁴. A *graphé paranomon* surgiu com a reforma do Areópago, que perdeu o papel de guardião da constituição (*politeia*), oportunidade em que todo cidadão ateniense passou a ter legitimidade para apresentar à *ekklesia* ação em

¹³⁴ LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 297.

face de proposta legislativa considerada contrária a *nomos*. A democracia ateniense evitava assim qualquer espécie de prejuízo à sua constituição¹³⁵.

Segundo Mauro Cappelletti, encontra-se na antiguidade clássica grega o mais remoto ancestral do controle de constitucionalidade. A consequência da inconstitucionalidade dos decretos da *ekklesia* era dúplice. Havia a responsabilidade penal, que variava entre uma multa até a pena capital. Por outro lado, decretava-se a invalidade da *psefisma*, já que, segundo Demóstenes, a *nomos*, quando em conflito com aquela, devia prevalecer¹³⁶. A expressão *graphé paranomon* (ἡ γραφή παρά νόμων) revela na palavra *γραφή* (*graphé*) uma ação de natureza pública. O termo se opõe a ἡ δίκη (*diké*), ação privada. Literalmente, a expressão significa ação pública no interesse das leis. Este procedimento permitia indiciar qualquer cidadão ou magistrado quando da apresentação de uma proposta de *psefisma* contrária a *nomos*. Seu objetivo era proteger o princípio democrático contra excessos da *ekklesia* e proteger as instituições das intrigas dos demagogos ou dos caprichos da democracia. A ação poderia ser apresentada no momento de formulação da proposta, durante o seu debate ou votação, ou ainda até o período de um ano. Qualquer cidadão era parte legítima para propor a ação, desde que acreditasse que a constituição estava em perigo. Era dirigida ao autor da proposta ou ao *epistate* que presidiu a assembleia. A ação devia ser proposta no *Pnyx*, mas o julgamento era realizado no tribunal de Helieia. Em casos graves, os heliastes poderiam pronunciar uma penalidade de *atimie*, a sanção extrema, a pena capital¹³⁷.

Diversamente da concepção moderna de controle de constitucionalidade, os gregos não construíram uma teoria da constituição como lei fundamental, a polis grega ficou marcada pela ausência de uma consciência de seu desenho constitucional, entretanto, mesmo que sem se encontrar expressamente escrito, estava implícito e embasado nos

¹³⁵ GLOTZ, Gustave. **A cidade grega**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988. p. 149.

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 50.

¹³⁷ Cf. MUSAGORA. **La citoyenneté à Athènes**. Disponível em: <<https://goo.gl/7zrnvi>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

costumes da Hélade¹³⁸. A universalização da jurisdição constitucional é um dos fenômenos mais relevantes dos séculos XX e XXI. Ainda que diversos estudiosos enfoquem sua preocupação pelo desenho de mecanismos de defesa da ordem constitucional a partir do final do século XVIII, é certo que a ideia de defesa de uma ordem suprema é quase uma constante na história do ocidente, e em seus albores é possível encontrar alguns intentos de construção e estabelecimento de instituições que controlassem forma e conteúdo da produção legislativa, como é o caso de Atenas em seu período clássico, no qual se encontram interessantes vislumbres do que poderia ser compreendido como um controle de constitucionalidade das leis¹³⁹.

Em Roma, Cícero¹⁴⁰, a partir de uma base grega, entendia que a solução para o problema da fonte última do direito deveria ser encontrada na filosofia, afirmando que o direito não estava no édito do pretor e nem nas XII Tábuas. A verdadeira lei seria a razão, cujo fundamento se encontra na natureza, na medida em que prescreve o que se deve fazer, e proíbe o contrário. A verdadeira lei, afirmava Cícero, não é uma arbitrária invenção do engenho humano, nem um mandamento feito pelos povos, porém algo eterno que rege o mundo, e que impera ou proíbe. É um critério para a distinção do justo e do injusto, ditado pela natureza. O princípio constitutivo do direito radica em uma lei fundamental, válida

¹³⁸ Cf. WIGHT, Martin. **A política do poder**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. Cf. MACHADO, Priscila Martins. El control constitucional de las leyes en Atenas. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, 2017, p. 37-57. Disponível em: <<https://goo.gl/8gWuV6>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹³⁹ PANDOLFI, Dulce (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 11-17.

¹⁴⁰ Cf. CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967. Especialmente o capítulo I, do Tomo II e o capítulo IV, do Tomo III. Cf. CÍCERO, Marco Túlio. **Os deveres**. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2008. Cf. FAVERSANI, Fábio. Entre a república e o império: apontamentos sobre a amplitude deste fronteira. **Mare Nostrum**, São Paulo, out. 2013, p. 100-111. Disponível em: <<https://goo.gl/eMNXi9>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. A constituição pode fundar uma república? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jul./dez. 2007, p. 39-49. Disponível em: <<https://goo.gl/fhuLfo>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

para todos os tempos, estabelecida antes que qualquer lei tivesse sido escrita¹⁴¹.

Segundo Roscoe Pound, os romanos entraram em contato com a filosofia durante um período de transição da legislação escrita e uma fase de equidade e direito natural. O direito grego, muito primitivo, não obteve êxito nessa transição. No mundo helênico, direito e moral não estavam ainda muito bem diferenciados, permitindo uma confusão entre aquilo que era direito com o que era moral¹⁴². O contributo da filosofia grega chegou para os romanos em um momento no qual o seu arcabouço jurídico havia atingido uma certa maioria científica. Embora tenham chegado à concepção do direito natural, não seria apropriado afirmar que os limites impostos pelo *jus naturale* constituíssem algo como o controle da constitucionalidade das leis. O direito natural, para os romanos, servia como uma espécie de referencial para o exercício do mencionado controle, que era realizado pelo Senado, no qual Cícero invocava a *recta ratio* contra a *lex scripta*. Por isso que há quem afirme ter Cícero contribuído indiretamente para a formulação do *judicial review*¹⁴³.

¹⁴¹ LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 302-303.

¹⁴² POUND, Roscoe. **Filosofia do direito**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 16. LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 304.

¹⁴³ CORWIN, Edward Samuel. The higher law background of American constitutional law. **Harvard Law Review**, Boston, n. 12, 1928, p. 149-185. Disponível em: <<https://goo.gl/zjBUVv>>. Acesso em: 20 jan. 2018. p. 160. No original em inglês: “*Whether Cicero’s adumbrations of judicial review ever actually came to the attention of the framers of the American constitutional system to any considerable extent seems extremely doubtful*”. Cf. MONTEAGUDO, Ricardo. Filosofia e paradigma em Cícero. **Transformação**, Marília, 2002, p. 53-65. Disponível em: <<https://goo.gl/5dKJ7r>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. CORASSIN, Maria Luiza. O cidadão romano na república. **Projeto História**, São Paulo, dez. 2006, p. 271-287. Disponível em: <<https://goo.gl/KywKQX>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

Durante a Idade Média, as concepções prevalentes em relação ao sentido de direito estavam relacionadas, em sentido amplo, ao pensamento de Platão e de Aristóteles. Também se relacionavam por meio da doutrina tomista, aos filósofos estoicos e a Cícero¹⁴⁴. A ideia do *jus naturale* assumiu um papel de destaque¹⁴⁵. O ato do soberano que infringisse os limites postos pelo direito natural era declarado nulo, o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a desconsiderar a lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Também os súditos estavam desobrigados do dever de obediência em face de um comando não conforme ao direito natural, justificando mesmo a resistência armada e até o tiranicídio. Decorrente da primazia do *jus naturale* durante a Idade Média, verificou-se uma tendência para substituir a fórmula romana *princeps legibus solutus* pela fórmula *princeps legibus tenetur*. Houve ainda a elaboração de uma tese intermediária, de acordo com a qual o soberano, não vinculado à lei civil, estaria vinculado à lei natural. Na concepção medieval havia uma distinção nítida entre *jus naturale*, norma superior e inderrogável, e *jus positum*, que não poderia estar em contraste com aquela. Essa relação de adequação ou inadequação do *jus positum* equivale, grosso modo, ao controle de constitucionalidade em sentido amplo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ LIBERA, Alain de. **Pensar na Idade Média**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 55 e seguintes.

¹⁴⁵ Cf. ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro. A ocidente do ocidente. **Revista de História**, São Paulo, jun. 2014, p. 77-106. Disponível em: <<https://goo.gl/uWBLzj>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. CABRAL, Gustavo César Machado. Thomasius e o direito natural. **Sequência**, Florianópolis, abr. 2016, p. 145-168. Disponível em: <<https://goo.gl/DzmGdq>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. MARUYAMA, Natalia. Liberdade, lei natural e direito natural em Hobbes: limiar do direito e da política na modernidade. **Transformação**, Marília, 2009, p. 45-62. Disponível em: <<https://goo.gl/hEevzz>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Direito natural e propriedade em Jean Bodin. **Transformação**, Marília, 2006, p. 31-43. Disponível em: <<https://goo.gl/nJRh9n>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 52. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. **California Law review**, Berkeley, out. 1970, p.

A escola jusnaturalista¹⁴⁷ irá revelar uma característica própria da transição entre o medievo e a modernidade, o antropocentrismo, desvinculado de pressupostos teológicos e transcendentais, fundado em bases racionalistas, sem descuidar da existência de direitos inatos, intangíveis e irrenunciáveis, limites para o próprio legislador. John Locke afirmava que o Poder Legislativo é quem detém o *supreme power*, mas reconhecia que este poder encontra limites no direito natural¹⁴⁸. A distinção entre *jus naturale* e *jus positum* destinava-se a atuar, em um plano filosófico e teórico, abstraído dos acontecimentos quotidianos da vida¹⁴⁹. A transição entre o período medieval e a modernidade encontra um significativo referencial na *Magna Charta Libertatum*, outorgada em 1215 pelo monarca inglês João Sem Terra, pressionado pela nobreza feudal e pelo clero, para respeitar o princípio do governo *sub lege*, observando as normas jurídicas derivadas do direito natural¹⁵⁰. A *Magna Charta*, não obstante a denominação, nenhuma semelhança possui com as constituições modernas. Há uma tendência equivocada de assimilar a *Magna Charta* às modernas constituições. Em termos políticos, o rei João Sem Terra, de quem os barões e bispos arrancaram o documento, personificava, naquele momento histórico, uma espécie de antecipação da modernidade, como verdadeiro embrião da vontade do estado nacional, em oposição aos privilégios feudais da nobreza e do clero¹⁵¹. Durante a

1017-1044. Disponível em: <<https://goo.gl/v11oKJ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁴⁷ Cf. CONTRERAS, Sebastián. Derecho positivo y derecho natural: una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. **Kriterion**, Belo Horizonte, vol. 54, n. 127. p. 43-61. Disponível em: <<https://goo.gl/hGc3Y1>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

¹⁴⁸ Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 53.

¹⁵⁰ Cf. HOLT, James Clarke. **Magna Carta**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University press, 2015.

¹⁵¹ LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 312.

Idade Média, ao lado do *Corpus Juris Civilis*¹⁵², subsistiu nos séculos XII e XIII uma boa parte do direito germânico, transmitido pelo costume desde o tempo dos reinos bárbaros e dos primeiros tempos do império carolíngio. Os feudos não haviam sido previstos nos textos romanos e precisavam ser regulados de acordo com os costumes germânicos. Inserido nesta forma na concepção medieval da lei, que era concebida como a vontade do príncipe, concepção própria da lei germânica, segundo a qual o rei não era mais que o guardião das leis, que representavam os verdadeiros costumes de seu povo¹⁵³.

O *Leviatã* de Thomas Hobbes expressa sua reação a um estado de beligerância intolerável, e vai caracterizar a transição da Idade Média à Idade Moderna, propondo o triunfo da civilização sobre a barbárie, da razão sobre o obscurantismo, da força do direito sobre o direito da força. O poder do estado é comparado à força indomável do Leviatã. A semelhança simbólica entre o estado e o monstro contribuiu para o pesado estigma que viria a caracterizá-lo na posteridade, como teórico do absolutismo, em que o exercício do poder político é tomado como sinônimo de tirania ou despotismo. Embora *Leviatã* signifique a força bélica que se opõe a *Bahemoth*, este sim o verdadeiro monstro que encarna a guerra civil¹⁵⁴, a metáfora hobbesiana funcionou às avessas. Seu livro é a resposta de um filósofo renascentista a um problema humano central, a necessidade de sujeição a uma ordem político-jurídica reguladora das relações sociais, a que Thomas Hobbes chamou de estado. O estado deixa de ser uma extensão natural da família ou emanção do

¹⁵² Cf. LOBRANO, Giovanni. A teoria da respublica (fundada sobre a sociedade e não sobre a pessoa jurídica) no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. **Sequência**, Florianópolis, jan. 2009, p. 13-41. Disponível em: <<https://goo.gl/WqSSBK>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. LORENZO, Wambert Gomes Di. As interpolações no *Corpus Juris Civilis*. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, jan./jun. 2011, p. 17-24. Disponível em: <<https://goo.gl/TSVjqJ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵³ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirâmide, v. I, 1979. p. 164-165.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 26-27. Cf. SOUKI, Nádia. **Behemoth contra Leviatã: guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes**. São Paulo: Loyola, 2008. Cf. MATTOS, Delmo. Behemoth ou o longo parlamento: o sentido da história em Hobbes. **Expedições**, Goiania, ago./dez. 2013, p. 84-97. Disponível em: <<https://goo.gl/ZwiRzT>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

poder divino para se transformar em produto da razão e da vontade humana. A concepção do estado como pessoa artificial, moral ou jurídica, distinta da pessoa física do governante, encontrará na obra de Thomas Hobbes sua primeira elaboração explícita, na qual o absolutismo tem um sentido mais sofisticado do que sugere seu uso vulgar. A soberania absoluta é menos uma força que se dirige contra o indivíduo do que uma afirmação da unidade do poder político e da superioridade do estado em face de outras instâncias de poder concorrentes¹⁵⁵. A defesa do direito positivo constituiu instrumento essencial do absolutismo, já que pretendeu privar a *common law* e o direito natural de validade¹⁵⁶, pois nada poderia ser subtraído ao poder legislativo do soberano, por isso que é absoluto, pois não possui vinculação com as leis. O raciocínio de Thomas Hobbes, desenvolvido durante o período da guerra civil, vê na divisão dos poderes a causa da belicosidade permanente, não havendo perspectiva de paz senão o reconhecimento da inseparabilidade de todos os poderes¹⁵⁷.

¹⁵⁵ NETO, João Martins dos Passos. **Não-Estado no Leviatã de Hobbes**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999. p. 26-33.

¹⁵⁶ Cf. HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Cf. BARROS, Douglas Ferrera. Soberania e o tempo da paz: Bodin, Hobbes e a resposta à revoluções. **Quadranti**, Salerno, 2015, p. 201-214. Disponível em: <<https://goo.gl/U93suZ>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Direito natural e propriedade em Jean Bodin. **Transformação**, Marília, 2006, p. 31-43. Disponível em: <<https://goo.gl/nJRh9n>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵⁷ FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirâmide, v. II, 1979. p. 105. Em espanhol no original: “*En efecto, el Dialogo es la obra de Hobbes que mejor demuestra cómo su teoría se halla totalmente ordenada a su teoría política: su iuspositivismo, más que una particular concepción del Derecho, constituye el instrumento esencial de su absolutismo. Hobbes quiere en él privar de validez al common law, del mismo modo que em el De cive y em el Leviathan, privó prácticamente de validez al Derecho Natural: al objeto de que nada se sustraiga al poder legislativo del soberano, y éstos puedan ser por ello totalmente absolutos, los desvincula de las leyes. En realidad, no debe olvidarse que toda su obra surge en el clima de la guerra civil y responde a su toma de posición en favor del absolutismo: la causa primera de la lucha que castigó a Inglaterra, a su juicio, era la división de los poderes del Estado, y no vio otra perspectiva*”

O absolutismo praticado pelos Stuart levou à Revolução Gloriosa de 1688¹⁵⁸, cujo objetivo foi restabelecer o respeito ao princípio *rex sub lege* e impor a supremacia parlamentar, com respeito a *common law*, no sentido de que a norma legislada não deveria prevalecer em relação a constituição consuetudinária¹⁵⁹. Até a metade do século XVII predominou entre os ingleses a proposta de Edward Coke, segundo a qual a *common law* predominava em relação a vontade do rei ou do parlamento, assegurada por meio dos juízes que exerciam o papel de árbitro entre a vontade da coroa e a vontade da Sociedade, negando aplicação as leis contrárias a *common law*. Após a Revolução Gloriosa, a situação se alterou significativamente com a proclamação da *supremacy of the parliament*, ainda hoje vigente¹⁶⁰.

Para chegar à subsunção do direito natural na esfera do direito positivo foi necessário que decorresse mais algum tempo. Um primeiro sintoma da mudança pode ser encontrado na França, ao tempo do *Ancien Régime*, quando os *parlements*, tribunais superiores de justiça, estavam se afirmando em face dos monarcas, diante de sua competência para examinar se nos éditos e leis não havia nada contrário às leis fundamentais do reino¹⁶¹. Desde o século XVI se desenvolveu na França a teoria das *leges imperii* as quais, embora distintas tanto das leis divinas quanto das leis naturais, não podiam ser alteradas, nem pelo rei, nem pelos estados

de paz que el reconocimiento de la inseparabilidad de todos los poderes”.

Cf. FREITAS, Gerson de. Hobbes: poder temporal e espiritual do estado.

Kínesis, Marília, dez. 2010, p. 272-284. Disponível em: <<https://goo.gl/jWc9TM>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵⁸ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000. p. 521.

Cf. ARRIGHI, Giovanni. Adam Smith em Pequim: origens e fundamentos do século XXI. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, Aracauria, 2011, p. 197-206. Disponível em: <<https://goo.gl/m9TEi2>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 53.

¹⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 62.

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 54-55. No original em francês: “*d’examiner dans les édits e autres lois qui nous sont apportés s’il n’y a rien de contraire aux lois fondamentales du royaume*”.

gerais. A partir do trabalho dos *parlements* é que se formulou a doutrina da *heureuse impuissance*, pela qual havia uma *feliz impotência* do soberano legislador para promulgar leis contrárias ao direito natural¹⁶².

Diversas razões levaram os franceses a rejeitar o controle jurisdicional de constitucionalidade. Historicamente a recusa encontra-se vinculada às abusivas e arbitrárias interferências que os juízes franceses, antes da revolução, impunham aos outros poderes. A ideia de constituição como instrumento de limitação do poder precisava ser imposta e respeitada. Deixar esta tarefa para os juízes era algo impensável para os franceses, já que reconhecidos como cúmplices do *Ancien Régime*¹⁶³. O Poder Judiciário era visto com extrema desconfiança e restrições. Os magistrados representavam uma nobreza decadente, porém perigosa, de interesses antagônicos àqueles defendidos pela burguesia revolucionária. Vem daí a ideia de compreender os juízes como *bouche de la loi*¹⁶⁴, seres inanimados que não podem moderar sua força ou rigor, vinculados a um método hermenêutico subsuntivo-axiomático, segundo o qual a atividade judicante seria limitada ao cotejamento de situações concretas, submetidas à apreciação jurisdicional¹⁶⁵.

Ideologicamente, a recusa a um modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade estava associada à teoria da separação dos poderes que, em sua formulação mais rígida, era contrária a intervenção do Poder Judiciário na esfera do Poder Legislativo. Assim, a situação que prevaleceu na França foi a adoção de um controle de constitucionalidade

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 55-56.

¹⁶³ PAIVA, Domingos Augusto. O controle de constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 36, n. 144. p. 197-210. Disponível em: <<https://goo.gl/we8HqL>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 198.

¹⁶⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

¹⁶⁵ TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O sistema de jurisdição constitucional francês: do primado da lei à questão prioritária de constitucionalidade. **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 1. p. 193-208. Disponível em: <<https://goo.gl/i12djK>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 165.

realizado por órgão não judicial, de caráter essencialmente político¹⁶⁶. A ideia de um controle de constitucionalidade foi rechaçada durante muito tempo pelos franceses em razão do temor de que se instituisse um governo de juízes, preferindo-se confiar ao parlamento a guarda de suas constituições¹⁶⁷. Apesar da sugestão de Emmanuel Joseph Sieyès para a criação de um *jury constitutionnaire*¹⁶⁸, a concepção proposta por Jean-Jacques Rousseau, da lei como expressão da vontade geral¹⁶⁹, manteve os franceses fiéis ao dogma da soberania da lei, que apenas o parlamento poderia controlar politicamente. Por isso na França o modelo de controle de constitucionalidade é atribuído a órgão de natureza política, conforme prevê a constituição atual¹⁷⁰, como competência do *Conseil Constitutionnel*¹⁷¹. Durante séculos, tal qual a generalidade dos países da

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 95-99. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 33.

¹⁶⁸ FIORAVANTI, Marco. Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives historico-juridiques. **Annales historiques de la Révolution Française**, n. 3. p. 87-103. Disponível em: <<https://goo.gl/btWvco>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 89. CRUZ, Paulo Márcio. Soberania, estado, globalização e crise. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, out. 2008, p. 7-24. Disponível em: <<https://goo.gl/jrMLBq>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 8.

¹⁶⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 75. CONSANI, Cristina Foroni. O conceito de vontade na filosofia política de Rousseau e Condorcet. **Transformação**, Marília, mar. 2018, p. 99-140. Disponível em: <<https://goo.gl/64YM7z>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 99. MATA, José Veríssimo Teixeira da. Os limites da soberania em Rousseau. **Transformação**, Marília, jan. 1995, p. 95-104. Disponível em: <<https://goo.gl/S2p2QJ>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 96.

¹⁷⁰ FRANÇA. **Constituição (1958)**. Disponível em: <<https://goo.gl/o3L7ZZ>>. Acesso em: 19 ago. 2017. A respeito do Conselho Constitucional, cf. artigo 56 e seguintes.

¹⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008. **Revista Bonijuris**, Curitiba, vol. 23. p. 23-27. Disponível em: <<https://goo.gl/sUwzPg>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 2-4.

Europa continental, a França submeteu-se ao primado da supremacia do parlamento, à primazia da lei¹⁷².

James Grant¹⁷³ defende a tese de que a *judicial review* é uma contribuição das Américas para a ciência política. O controle jurisdicional das leis representaria uma ideia posta em prática pela primeira vez nos Estados Unidos no século XVIII. De lá a ideia teria se espalhado para outros países das Américas, difundindo-se, *a posteriori* em outras partes do mundo. A tese de James Grant tem que ser aceita com alguma cautela. E isto porquanto já foi dado verificar que, embora não sob o *nomen juris* de supremacia constitucional, existiu no passado, no bojo de outras experiências jurídicas, uma espécie de supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis em relação às demais. Tal tese é, no dizer de Mauro Cappelletti, substancialmente verdadeira sem ser, porém, historicamente correta¹⁷⁴. Antes de ter sido colocado em prática pelo modelo norte-

¹⁷² TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O sistema de jurisdição constitucional francês: do primado da lei à questão prioritária de constitucionalidade. **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 1. p. 193-208. Disponível em: <<https://goo.gl/i12djK>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 194-196. Cf. REIS, Cláudio Araújo. Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau. **Transformação**, Marília, 2010, p. 11-34. Disponível em: <<https://goo.gl/EJbdkL>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

¹⁷³ GRANT, James A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciencia política. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Distrito Federal, n. 47. p. 417-437. Disponível em: <<https://goo.gl/PnGJiw>>. Acesso em: 20 jan. 2018. p. 419. Cf. GRANT, James A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciencia política. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Distrito Federal, n. 48. p. 651-669. Disponível em: <<https://goo.gl/RWgfnb>>. Acesso em: 20 jan. 2018. Cf. GRANT, James A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciencia política. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Distrito Federal, n. 49. p. 57-82. Disponível em: <<https://goo.gl/5kz8CX>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 46-49. GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011? **Revista de Direito GV**, São Paulo, abr. 2016, p. 125-154. Disponível em: <<https://goo.gl/FPCb1B>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 134.

americano, é fato que nada semelhante ao *judicial review* havia sido realizado na Europa¹⁷⁵. No ano de 1787, quando foi promulgada a primeira constituição escrita da história do constitucionalismo contemporâneo, na qual se operou a superação do estado pela Sociedade civil, com a afirmação do princípio da soberania popular, caracterizada pela famosa frase introdutória, *We the people*. Entretanto, não havia originalmente uma declaração de direitos, sendo que o *Bill of Rights* somente foi incorporado entre os anos de 1789 e 1797, por meio das dez primeiras emendas¹⁷⁶. A constituição norte-americana representou o arquétipo das constituições rígidas, que não podem ser mudadas ou derogadas por meio de leis ordinárias, mas apenas eventualmente, através de procedimentos especiais de revisão constitucional. A constituição é a lei suprema, e os juízes de cada estado estarão a ela vinculados¹⁷⁷.

A constituição norte-americana fixou as bases da supremacia constitucional e impôs como dever dos magistrados negar validade às leis que a contrariem. Pode-se afirmar que os Estados Unidos foi o primeiro estado a conferir aos tribunais, pela primeira vez na história do direito, um controle jurisdicional das leis. A ideia de se atribuir a um tribunal a guarda da constituição encontra sua primeira manifestação histórica na prática constitucional daquele país, construída pela jurisprudência da Suprema Corte, na ausência de preceito expresso na constituição, tendo

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 56. LEGALE, Sidharta. Superprecedentes. **Revista de Direito Gv**, São Paulo, dez. 2016, p. 810-845. Disponível em: <<https://goo.gl/wqQLXK>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 835.

¹⁷⁶ BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. p. 42. Cf. BENITEZ, Gisela Maria Bester. O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional: análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Distrito Federal, México. p. 255-279. Disponível em: <<https://goo.gl/R1ABx4>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 47. No original em inglês: “*this Constitution (...) shall be the supreme law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby*”.

sido enunciada, em caráter definitivo, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, no qual o *Chief Justice* John Marshall, arquiteto do direito constitucional americano, a expôs claramente¹⁷⁸. A sentença proferida em 1803 no caso *Marbury vs. Madison*¹⁷⁹, é provavelmente uma das decisões judiciais mais mencionadas dos últimos séculos, iniciando de um ponto de vista prático e efetivo, o controle jurisdicional de constitucionalidade. Sua importância não está no mérito da ação, mas sim no fato de que o Poder Judiciário se declarou competente para verificar a constitucionalidade de leis e atos de outros poderes¹⁸⁰. A constituição e as leis, que em consequência dela forem feitas, assim como todos os tratados, serão a lei suprema do país, e os juízes serão obrigados a conformar-se a umas e outras, não obstante qualquer disposição em contrário¹⁸¹. É possível encontrar antecedentes nas cortes estaduais norte-americanas do *judicial review* anteriores ao caso *Marbury vs. Madison*, em que se reconhece a competência do Poder Judiciário para anular normas contrárias à constituição, como em *Holmes vs. Walton*¹⁸², de 1780

¹⁷⁸ LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018. p. 316.

¹⁷⁹ EUA. **U.S. Supreme Court**. *Marbury vs. Madison*, n. 5 U.S. 137 (1803). Rel. John Marshall, 1803. Disponível em: <<https://goo.gl/E6eFnK>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

¹⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan. 2009, p. 197-227. Disponível em: <<https://goo.gl/QzRFiv>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 197.

¹⁸¹ HAMILTON, Alexander; JAMES MADISON; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 282.

¹⁸² Cf. SCOTT, Austin. *Holmes vs. Walton: the New Jersey precedent*. **The American Historical Review**, abr. 1899, p. 456-469. Disponível em: <<https://goo.gl/6PZN4J>>. Acesso em: 02 ago. 2018. O texto integral da decisão pode ser encontrado em: <<https://goo.gl/4hKxzH>>.

na Suprema Corte de New Jersey, *Commonwealth vs. Caton*¹⁸³, de 1782 na Suprema Corte da Virgínia¹⁸⁴.

A decisão de John Marshall no caso *Marbury vs. Madison* a respeito da supremacia das normas constitucionais e da possibilidade de anulação de leis incompatíveis com a constituição pelo Poder Judiciário, não foi um gesto de improvisação¹⁸⁵, mas “um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal”¹⁸⁶. A indicação deste precedente como marco inicial do *judicial review* pode ser compreendida como uma “convenção historiográfica a ser relativizada para a melhor compreensão do fenômeno”¹⁸⁷. É possível identificar o conhecimento dos mecanismos do *judicial review* em comentários de James Madison em *O federalista*¹⁸⁸, quando afirmava que a interpretação das leis é uma atividade dos tribunais, já que uma constituição é realmente uma lei fundamental, devendo ser considerada desta forma pelo corpo de

¹⁸³ Cf. TREANOR, William Michael. The case of the prisoners and the origins of judicial review. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, 1994, p. 491-570. Disponível em: <<https://goo.gl/íTVVAi>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 63.

¹⁸⁵ KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal**: consequências jurídicas e sociais. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008. p. 26. Cf. KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. Pela reestruturação do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, jul./dez. 2014, p. 416-441. Disponível em: <<https://goo.gl/Vb5fof>>. Acesso em: 20 jul. 2018. Cf. GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura constitucional e pluralismo democrático: a tensão na divisão dos poderes sob a ótica das instituições participativas. **Sequência**, Florianópolis. abr. 2018, p. 149-174. Disponível em: <<https://goo.gl/L8wmKZ>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 63.

¹⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 14.

¹⁸⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: EdUnB, 1984. p. 460.

magistrados, cabendo a eles a competência de determinar seu significado¹⁸⁹.

A correlação entre constituição escrita e liberdade foi definida pelo *Chief Justice* John Marshall como um dilema que não admitia divisões entre duas hipóteses contrárias entre si, nem meios termos ou alternativas, ou a constituição é uma lei superior e imutável ou está no mesmo nível da legislação ordinária e, como as outras leis, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte, então não é direito a lei incompatível com a constituição; se verdadeira a segunda parte, então as constituições escritas são uma tentativa absurda da parte do povo de buscar limitar um poder por sua natureza ilimitável¹⁹⁰. “Não há liberdade perante a lei, se não houver adequação constitucional da lei”¹⁹¹. O controle de constitucionalidade nasce sob uma constituição que não o previu expressamente, surge da prática jurisprudencial norte-americana. Naquela decisão pioneira, uma lei foi pela primeira vez declarada inválida, nula, vazia (*void*)¹⁹² perante a constituição dos

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 387. Cf. BOLONHA, Carlos; FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. A supremacia judicial em sua essência: para além do casuísmo teórico. **Sequência**, Florianópolis, jul. 2013, p. 261-282. Disponível em: <<https://goo.gl/rCu35s>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

¹⁹⁰ EUA. **U.S. Supreme Court**. Marbury vs. Madison, n. 5 U.S. 137 (1803). Rel.: John Marshall, 1803. Disponível em: <<https://goo.gl/E6eFnK>>. Acesso em: 25 jan. 2018. No original em inglês “*Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable*”.

¹⁹¹ BARROS, Sérgio Resende de, Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002 p. 596.

¹⁹² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: EdUnB, 1984. p. 459. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives

Estados Unidos, quando sequer haviam se passado duas décadas de sua vigência, um juiz enfrentava um caso no qual injunções políticas se combinavam com razões jurídicas, e exigia o exercício do controle de constitucionalidade. A bem da verdade, se este foi o primeiro caso em que a Suprema Corte reconheceu e declarou juridicamente inexistente um ato legislativo, não foi o primeiro em que o Poder Judiciário exercitou esse poder.

Assim se inaugurou o controle norte-americano de constitucionalidade das leis, o qual se tornou um modelo mundial, que possui as seguintes características: a) a competência para o exercício do controle de constitucionalidade não é restrita, mas se difunde por todo o Poder Judiciário, por isso também é denominado difuso; b) ocorre apenas *incidenter tantum*, no bojo de uma ação, cujo objeto principal é outro, mas sobre o qual incide uma questão de inconstitucionalidade, de forma prejudicial ao mérito da causa, razão pela qual também é conhecida como incidental; c) a sentença possui natureza declaratória, o ato inconstitucional é declarado sem validade alguma, nulo, inexistente juridicamente desde a sua origem (*ex tunc*), não se lhe garantindo eficácia jurídica alguma (o efeito da declaração é retroativo); d) seu efeito, além de ser *ex tunc*, é *inter partes*, ou seja, alcança apenas as partes envolvidas na lide. A lógica norte-americana é essencialmente jurisdicional, intrínseca à função dos juízes, considerados um dos três poderes do estado. Na época de Marshall a constituição dava seus primeiros passos, iluminados por uma rigorosa separação de poderes, que não admitia ingerências de um poder no outro, senão para os *checks and balances* previstos na própria constituição¹⁹³.

Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. Alexander Hamilton emprega, para qualificar o ato inconstitucional, o adjetivo *void*, o mesmo empregado por John Marshall. Costuma-se traduzir *void* por vazio, írrito. Entretanto, o termo inglês significa mais do que isso, representa não só o que está vazio, mas o que na realidade não existe, uma espécie de vazio de existência real, ainda que exista na imaginação.

¹⁹³ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 596.

Existe toda uma trajetória de apoio e de oposição ao *judicial review* na história constitucional norte-americana, uma divisão clara entre liberais e conservadores. Historicamente datada em 1803, a decisão de *Marbury vs. Madison* somente passou a ser utilizada regularmente, como um poder consolidado pela Suprema Corte, no período denominado era Lochner¹⁹⁴, com base em apoio recebido dos conservadores, já que as decisões da Suprema Corte possuíam um perfil de proteção da propriedade muito destacado. Esse arranjo institucional passou a ser defendido pelos liberais a partir de 1937, quando a Suprema Corte se adequou ao projeto intervencionista de Franklin Delano Roosevelt. Com uma Suprema Corte vanguardista e liberal, o *judicial review* passou a sofrer oposições dos conservadores. Sob a presidência do *Chief Justice* William Rehnquist, o *judicial review* voltou a ser defendido pelos conservadores. Atualmente, sob a liderança de John Robert Jr., os liberais passaram a reconsiderar a oposição ao *judicial review*, defendendo formas brandas para o seu exercício¹⁹⁵.

A noção contemporânea do controle de constitucionalidade pode ser atribuída a John Marshall, principal autor da argumentação que levou à criação do *judicial review*, e a Hans Kelsen, autor do anteprojeto da constituição austríaca de 1920. Com John Marshall é colocada em prática a ideia do *judicial review*, com Hans Kelsen se dá vida a um tribunal constitucional encarregado do monopólio deste controle. Não se afirma com isto que a ideia de controle de constitucionalidade é originária de John Marshall ou que Hans Kelsen tenha sido o primeiro a teorizar uma instituição nos moldes dos tribunais constitucionais contemporâneos. Alexander Hamilton já defendia a necessidade de algo semelhante em O Federalista n. 78¹⁹⁶. Na Europa, a constituição austríaca nem mesmo foi

¹⁹⁴ Cf. BERNSTEIN, David E. Lochner era revisionism, revised: Lochner and the origins os fundamental rights constitutionalism. **Georgetown Law Journal**, New Jersey, jun. 2008, p. 1-58. Disponível em: <<https://goo.gl/PizEhk>>. Acesso em: 02 ago. 2018. Cf. SIEGEL, Stephen A. Lochner era jurisprudence end the amrican constitutional tradition. **Noth Carolina Law Review**, Chapel Hill, 1991, p. 1-111. Disponível em: <<https://goo.gl/GwFMmU>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

¹⁹⁵ BOLONHA, Carlos; FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. A supremacia judicial em sua essência: para além do casuísmo teórico. **Sequência**, Florianópolis, jul. 2013, p. 261-282. Disponível em: <<https://goo.gl/rCu35s>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 262.

¹⁹⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: EdUnB, 1984. p. 547 e seguintes.

a primeira a prever um tribunal constitucional, tendo sido antecipada em alguns meses pela constituição da Tchecoslováquia. Hans Kelsen sempre declarou sua inspiração, sobretudo a obra de Georg Jellinek, *Um tribunal constitucional para a Áustria*, de 1885. Ainda no plano das ideias, um embrião daquilo que mais tarde tomou a forma de tribunal constitucional pode ser encontrado na tentativa de Emmanuel Joseph Sieyès de implantação de um *jury constitutionnaire*, rejeitado na França em 1795. A despeito desses e de outros antecedentes, foi a obra de John Marshall e Hans Kelsen que perdurou no tempo¹⁹⁷.

O estado moderno é fruto do rompimento da forma estatal medieval, nasce sem uma constituição em sentido estrito, sendo sua primeira versão, a absolutista. Mas é precisamente o absolutismo que dialeticamente irá proporcionar as condições necessárias para o controle do poder, através de mecanismos de contenção do poder real. É o que ocorre na Inglaterra do século XVII, na França e nos Estados Unidos do século XVIII. A supremacia parlamentarista inglesa irá favorecer o surgimento da supremacia jurisdicional nos Estados Unidos. Ao mesmo tempo, teses de supremacia popular pretenderão remover do Poder Judiciário a atribuição de controlar a constitucionalidade das leis¹⁹⁸.

No debate sobre o *judicial review*, particularmente nos Estados Unidos e no Canadá, muito se tem discutido sobre supremacia judicial. Inúmeros trabalhos têm se dedicado especialmente ao tema, identificando como a atividade jurisdicional ganhou contornos políticos, da mesma forma como o *judicial review* serviu de instrumento para a Suprema Corte adotar um comportamento ativista. Em *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, John Hart Ely apresenta um contributo importante para a compreensão do dilema do *judicial review* nos últimos tempos¹⁹⁹, ao

¹⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan. 2009, p. 197-227. Disponível em: <<https://goo.gl/QzRFiv>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 200.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 349-350.

¹⁹⁹ Cf. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. John Hart Ely tem como objetivo teórico a construção de uma estrutura político-constitucional na qual o poder dos tribunais constitucionais esteja restrito ao policiamento das condições de deliberação democrática, sem, contudo, ditar valores fundamentais que devem conduzir a sociedade, de forma

afirmar ser usual acreditar que a constituição é muitas vezes pensada com a finalidade de transcender as discordâncias atuais e resolver os desacordos políticos fundamentais. Seu texto incorpora os compromissos mais fundamentais, as matérias sobre as quais não há mais discordância, uma espécie de verdade auto evidente. Os fundadores constituíram a ordem do caos, estabelecendo uma lei superior e autoritária sobre a discórdia reinante no ambiente político. É possível compreender o significado da constituição de forma diferente daqueles que a delinearam, mas a constituição continua sendo uma fonte de respostas determinadas até mesmo nas questões políticas mais difíceis da atualidade²⁰⁰. A constituição norte-americana representou uma espécie de arquétipo do modelo de constituição rígida²⁰¹, dispoendo em seu artigo VI, cláusula II que a “constituição e as leis dos Estados Unidos que se fizerem para

que, ao mesmo tempo em que estariam aptos a proteger os direitos fundamentais, seria proibida sua participação concreta na sua construção. BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 174. Cf. COX, Paul N. John Hart Ely, democracy and distrust: a theory of judicial review. **Valparaiso University Law Review**, Valparaiso, 1981, p. 637-665. Disponível em: <<https://goo.gl/hTQ5qu>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁰⁰ WHITTINGTON, Keith. **Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the supreme court, and constitutional leadership in U.S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 1-2. No original em inglês: “*THE CONSTITUTION IS OFTEN thought to transcend our current disagreements and to have settled our fundamental political arguments. Its text embodies our most fundamental commitments, those things about which we no longer disagree, such as the content of our ‘self-evident’ truths and ‘unalienable rights’.* The Founding constituted order out of chaos, setting an authoritative higher law over the discord of politics. We may understand the meaning of that law differently than did those who framed it, but the Constitution remains a source of determinate answers to even our hardest political questions”.

²⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 47.

aplicá-las serão a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado a ela se vincularão”²⁰².

Embora a noção europeia de constituição não fosse radicalmente diferente da concepção desenvolvida nos Estados Unidos, diversas circunstâncias impediram o transplante do *judicial review* para o continente europeu, dentre as quais se destacam a ausência de uma constituição rígida, pois não há sentido falar-se em jurisdição constitucional quando as normas constitucionais podem ser modificadas por meio de procedimentos legislativos ordinários, a ausência de unidade de jurisdição, razão pela qual não é possível a existência de um modelo de controle de constitucionalidade como o desenvolvido nos Estados Unidos, diante da potencial chance de decisões conflitantes, a incapacidade do juiz ordinário para exercer a jurisdição constitucional, acostumados à aplicação mecânica da lei, e a sacralização da lei²⁰³.

Apresentando uma base jurídica diversa para a implementação do *judicial review*, Douglas Edlin afirma que a atual compreensão que se dá ao mecanismo de controle dos atos executivos e legislativos norte-americanos, como consequência ou dependente de uma constituição escrita não está correta e teria sido elaborada em período anterior a promulgação daquela constituição (1787), durante o período de formação do pensamento constitucional daquele país. Antes e depois de 1787 as cortes estaduais norte-americanas e mesmo a Suprema Corte empreenderam um *judicial review* baseado na *common law* e não no direito natural, que se refere a uma compreensão segundo a qual certos direitos são universalmente reconhecíveis em virtude da razão ou da natureza humana, comprometido ética e moralmente com um conjunto de valores metajurídicos. Ao passo que a *common law* representa uma tradição jurídica em que determinados direitos são admitidos por meio de sua longa e paulatina construção judiciária, sem um compromisso prévio com valores metaéticos ou extralegais. Antes de *Marbury vs. Madison*,

²⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 276. No original em inglês: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*”.

²⁰³ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 18-22.

diversas cortes estaduais já haviam reconhecido seu poder de anular a legislação contrária a constituição ou a *common law*. Tais decisões não fundamentam o *judicial review* em normas escritas, mas sim na autoridade construída ao longo dos anos pelos tribunais para controlar judicialmente os princípios da *common law*. Em diversos casos o tribunal da Carolina do Sul anulou legislação contrária à *common law*, como em *Ham vs. M'Claws* (1789), *Bowman vs. Middleton* (1792) e em *Lindsay vs. Commissioners* (1796). No Estado da Virgínia tem-se o caso *Jones vs. The Commonwealth* (1799). Em Nova Jérsei, em *Holmes vs. Walton* (1780), a Corte Suprema de Nova Jérsei anulou a legislação estadual considerando-a contrária ao direito, a constituição de Nova Jérsei e as *laws of the land*. Outros casos envolvendo o reconhecimento da *common law*, desta vez pela Suprema Corte, se verificam em *Calder vs. Bull* (1798) e em *Fletcher vs. Peck* (1810). A *common law review* existiu concomitantemente com o *judicial review* nos primeiros dias da república norte-americana²⁰⁴.

O caso *Marbury vs. Madison*, mesmo não sendo o primeiro a passar pelo crivo do *judicial review* nos Estados Unidos, paradigma para a invocação do poder do *judicial review* pela Suprema Corte norte-americana e mesmo pelos tribunais estaduais daquele país, de forma a tornar nulos os atos jurídicos que viessem a contrariar os direitos e valores consagrados na constituição daquele país, promovendo a integridade e supremacia do texto constitucional. Da mesma forma, mesmo sem ser original, foi o projeto de Hans Kelsen para a constituição da Áustria de 1920 que se firmou como modelo a ser adotado por significativa parcela de países da Europa²⁰⁵. No próximo capítulo será realizada uma pormenorização dos aspectos teóricos e práticos do controle de constitucionalidade, com a finalidade de compreender o impacto desse mecanismo na supremacia judicial atualmente em vigor no Brasil.

²⁰⁴ EDLIN, Douglas E. Judicial review sem uma constituição escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, vol. 10, n. 1, p. 14-56. Disponível em: <<https://goo.gl/fYyCzB>>. Acesso em: 12 fev. 2018. p. 36. Cf. TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, Stanford, 2005, p. 455-562. Disponível em: <<https://goo.gl/r7igpc>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

²⁰⁵ MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Tradução de Javier Esquivel. Distrito Federal, México: Unam, 1976. p. 56.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A constituição pode ser considerada o documento de valor jurídico e político no qual se apresentam os regramentos elementares da organização política de um determinado organismo político e são estabelecidos os limites para o exercício do poder pelo estado, que é então criado com o pacto constitucional. Diversas são as formas que este conjunto de regras pode assumir. Múltiplas abordagens ideológicas, sociológicas, econômicas, políticas e jurídicas podem alterar significativamente o texto constitucional e as consequências de sua aplicação e efetividade. É na constituição que se fixam os fundamentos da organização política e social, os parâmetros que devem guiar o comportamento básico da Sociedade em suas relações públicas e particulares e, principalmente, a forma como o estado e seu aparato institucional deverá se relacionar com todos e cada um dos indivíduos que se encontrem em seu território. A constituição funciona como um amálgama da vontade política da Sociedade, vontade de constituir-se política e socialmente como agrupamento organizado e pautado em um conjunto básico de normas jurídicas que orientem as ações futuras de seus cidadãos e governantes, com fundamento em um pacto²⁰⁶ ou contrato²⁰⁷ pelo qual todos os integrantes se comprometem a cumprir a sua vontade, agora transformada em norma constitucional, equivalente a cláusula de um acordo, que deve ser respeitado e obedecido.

Como acordo fundamental e fundante do organismo político, agora organizado juridicamente, a constituição forma e transforma a Sociedade. Forma por que lhe dá sentido e unidade. Transforma porque, como norma jurídica que é, está aberta a uma infinidade de interpretações, apropriando-se e sendo apropriada por todos os membros do acordo que

²⁰⁶ Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Cf. HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁰⁷ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

a fez nascer. A antiga dicotomia *mens legis* e *mens legislatoris*²⁰⁸ se desdobra em inúmeras e variáveis possibilidades de sentidos e significados. A vontade contida na palavra, expressão ou frase constitucional exige sua compreensão para que possa ser realizada, concretizada, efetivada na dinâmica do movimento social, que contém e derrama toda uma abundância de significantes, não estando presa a nenhuma técnica ou princípio universal de interpretação.

O conceito de constituição é um daqueles que oferecem uma pluralidade de formulações. A maioria dos conceitos jurídico-políticos são polêmicos, por se referirem a substância da existência política de um povo. O conhecimento levado a cabo por uma perspectiva política é capaz de promover uma incisão mais profunda na realidade que a proporcionada por um ponto de vista neutro, mas não é menos certo que com tais pressupostos seja difícil obter uma unidade na sua formulação. A constituição forma um nexos entre diversas esferas da vida humana pelo qual se vinculam diversos setores da realidade política e jurídica. A enunciação da palavra constituição permite imaginar a organização dos poderes do estado, o conjunto de normas jurídicas com um determinado conteúdo e com certas garantias formais, como parte integrante de um ordenamento jurídico e, por fim, algo que em sua estrutura e funcionamento, está condicionado por ideais e valores políticos, como uma forma através da qual o poder político-social se converte em poder estatal. Tudo isso explica porque a palavra constituição é frequentemente acompanhada de um adjetivo e, portanto, fala-se de uma constituição legal ou de uma constituição real, de uma constituição política ou de uma constituição normativa, de uma constituição material ou de uma constituição formal, de uma constituição empírica ou de uma constituição ideal, de uma constituição em sentido amplo ou em sentido restrito. Mas, o que parece ser um adjetivo é, em verdade, substantivo, o resultado é que tais contraposições faltam à constituição como um todo²⁰⁹.

²⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas para uma teoria hermenêutico-jurídica. **Revista de Ciências Jurídicas**, Londrina. p. 23-29. Disponível em: <<https://goo.gl/bY615d>>. Acesso em: 25 jan. 2018. p. 26.

²⁰⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Constitución e derecho constitucional (evolución y crisis de ambos conceptos). **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, 1948, p. 53-124. Disponível em: <<https://goo.gl/zq67aC>>. p. 53-54. No original em espanhol: “*El concepto de constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones. Esta pluralidad, común a todos los conceptos fundamentales de las ciencias del espíritu, se*

Não é tarefa simples ou que se possa dar por concluída estabelecer o significado e alcance da categoria constituição. Em sentido muito amplo, todos os seres possuem uma constituição própria, um modo único

encuentra, acrecida en este caso por dos motivos: En primer término, porque si la mayoría de los conceptos jurídico-políticos son de un modo mediato o inmediato conceptos polémicos, éste, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Sin duda que el conocimiento llevado a cabo desde una perspectiva política, como partidario o como adversario, es capaz, en muchos casos, de una incisión más profunda en la realidad que la que proporciona un punto de vista «neutral», pero no es menos cierto que con tales supuestos es difícil lograr unidad en la formulación del concepto. Mas a estas razones de índole subjetiva se une otra de carácter objetivo, a saber: el hecho de que la constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc., pues, en efecto, a la sola enunciación de la palabra constitución nos la imaginamos como una organización de los supremos poderes del Estado, es decir, como un trozo de la realidad estatal; nos la imaginamos, además, como un conjunto de normas jurídicas con un determinado contenido y, quizá, también con ciertas garantías formales, es decir, como parte integrante de un ordenamiento jurídico, y, en fin, la pensamos también como algo que en su estructura y funcionamiento está condicionado por ideales y valoraciones políticas y como una forma a través de la cual el poder político-social se convierte en poder estatal. Ahora bien: es claro que si trasladamos el problema al plano gnoseológico entonces la constitución se nos convierte en un campo de aplicación de esquemas interpretativos de carácter jurídico, sociológico, político, histórico, etc. Todo esto explica que la palabra constitución vaya frecuentemente acompañada de un adjetivo, y se hable así de constitución jurídica o de constitución «real», de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empírica o de constitución ideal. de constitución en sentido amplio o en sentido restringido. Mas como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad lo sustantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la constitución como un todo”. Cf. BARACHO, Hertha Urquiza. Teoria da constituição. **Prim@ Facie**, João Pessoa, vol. 2, n. 3. p. 16-30. Disponível em: <<https://goo.gl/3kc363>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

e peculiar de ser. Neste sentido, a Sociedade também possui uma forma de organização. O homem, como ser eminentemente político²¹⁰, agrega-se a seus semelhantes, formando grupos sociais estruturados, organizados, que possuem uma constituição própria. Nem sempre o homem teve o hábito de colocar as normas jurídicas em documentos escritos, reunidos em um livro único, de forma organizada (codificada). Entretanto, remonta à antiguidade a existência de leis sobre a organização da Sociedade política (estado), ou seja, aquele tipo de normas que atualmente se convencionou denominar normas constitucionais. Em sentido amplo, a palavra constituição revela a organização de alguma coisa. Em tal acepção, o termo não pertence apenas ao vocabulário jurídico, mas aplica-se a qualquer grupo, como toda Sociedade ou Estado, pois designa sua natureza personalíssima. Adotada esta concepção, é adequado concluir-se que jamais houve e nunca haverá estado sem constituição. Conforme ensinava Ferdinand Lassale, todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos da sua história, uma constituição real e efetiva²¹¹. As primeiras normas jurídicas a serem sistematizadas, organizadas e agrupadas em um documento único, foram as normas de natureza penal e civil, através do trabalho de reis ou imperadores. O mais célebre dos pactos medievais é a *Magna Charta Libertarum*, a qual estabelecia uma espécie de acordo entre o Rei João sem Terra e a nobreza inglesa, sobre direitos a serem respeitados pela coroa. A *Magna Charta* é reconhecida como o primeiro documento de valor constitucional escrito, organizado e agrupado em um texto único, elaborado pelos parlamentares ingleses e sancionado, em verdade, aceito sob pressão, pelo monarca inglês²¹².

²¹⁰ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995. p. § 9. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: EdUnB, 1999. p. 205-206.

²¹¹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998. p. 29. Cf. XAVIER, Vinicius de Moura. A essência da constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassale para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vol. 50, n. 197. p. 301-313. Disponível em: <<https://goo.gl/Z7RrFv>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

²¹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 258-268. Verbete elaborado por Giuseppe de Vergottini.

Também são dignos de registro os contratos de colonização, instrumentos típicos da colonização da América do Norte, no qual se evidencia a noção de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados. Ao chegarem à América, os peregrinos, em sua maioria puritanos, impulsionados pelo sentimento de igualitarismo, não encontrando na nova terra um poder previamente estabelecido, fixaram por mútuo consenso as regras por que haviam de governar-se. Deste modo, firmou-se pelos chefes das famílias a bordo do navio *Mayflower*, o célebre *Compact Act*, de 1620²¹³. Necessário observar que o documento mencionado não possuía o significado técnico e específico que atualmente se lhe emprega, ou seja, de documento solene, que resume a vontade política e soberana de uma nação. A distinção entre as diversas leis existentes neste período, no sentido de que algumas delas se diferenciavam das demais, em virtude de organizar o próprio poder, somente veio a ganhar relevo no século XVIII, na Europa. O objetivo desta distinção era limitar o poder, tendo por fundamento a ideia da existência de leis anteriores e superiores ao próprio estado²¹⁴.

O termo constituição tem sua origem na língua latina, na soma das palavras *cum* (com) e *stituto* (formar), resultando em *constituto* e *constituere*, ou seja, constituir, organizar, formar, compor, construir, edificar e organizar. O vocábulo passou a ser utilizado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do estado. Este sentido ficou solidificado na célebre fórmula contida no primeiro documento constitucional produzido pela Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, constando no seu artigo 16 que “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”²¹⁵. O significado original de constituir não é constringer o

²¹³ SARGENT, Mark L. The conservative covenant: the rise of the Mayflower Compact in American myth. **The New England Quarterly**, Cambridge, vol. 61, n. 2. p. 233-251. Disponível em: <<https://goo.gl/bwmGkZ>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 236.

²¹⁴ CUNHA, Fernando Whitaker da. **Direito constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 41-42.

²¹⁵ LEGIFRANCE. **Legifrance: le service public de la diffusion du droit**. Disponível em: <<https://goo.gl/fNLUJW>>. Acesso em: 29 set. 2018. No original em francês: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Biblioteca Virtual**

poder político, nem forçar o governo a obedecer às normas morais universais. Constituir significa o estabelecimento de alguma coisa. Quando Cícero se referia a *constitutio* republicana, queria tratar da estrutura morfológica e do código operante do governo republicano romano, divisão de poder entre minorias e maiorias e a política de direitos de cidadania às cidades conquistadas²¹⁶.

Somente por um breve período do século XVIII, a ideia de constituição se libertou de sua vinculação com o *status quo* e se tornou um grito revolucionário. Thomas Paine escreveu que a constituição de um país não é o ato de seu governo, mas do povo que constitui seu governo²¹⁷. constituição é algo antecedente. O governo é uma criatura da constituição. A mesma distinção entre povo constituinte e governo constituído foi elaborada na França por Emmanuel Joseph Sieyès²¹⁸. Em Ferdinand Lassale, os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder. A verdadeira constituição de um país, somente tem por base os fatores reais e efetivos do 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 social²¹⁹. Para Carl Schmitt²²⁰, a constituição política determina a estrutura e a

de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://goo.gl/NT7y8R>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

- ²¹⁶ HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI.** Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014. p. 585.
- ²¹⁷ PAINE, Thomas. **The complete writing of Thomas Paine.** Binghamton: Citadel Press, 1945. p. 278. No origina em inglês: “*The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting a government*”. Cf. HITCHENS, Christopher. **Os direitos do homem de Thomas Paine.** Tradução de Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- ²¹⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o terceiro estado?** Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI.** Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014.
- ²¹⁹ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998. p. 44.
- ²²⁰ Cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución.** Tradução de Francisco Ayala. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996.

organização do estado, disciplina o exercício do poder político e discrimina a competência para tal exercício, definindo-a como o conjunto de normas que, estruturando a organização do estado, estabelece relações de natureza política entre governantes e governados. Complexo normativo no qual se estabelecem as funções fundamentais do estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles. Hans Kelsen emprega a palavra constituição em dois sentidos: a) lógico-jurídico, quando a constituição se apresenta como norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico-transcendental da validade da constituição jurídico-positiva; b) jurídico-positivo: aqui a constituição equivale à norma positiva suprema, ao conjunto de normas que regula a criação de outras normas²²¹.

Em sentido material, a constituição designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não em um documento escrito, que regulam a estrutura do estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, a palavra constituição se refere a um conteúdo essencialmente constitucional, sendo que as demais normas, mesmo que integrem a constituição escrita, não são constitucionais, por não possuírem conteúdo propriamente constitucional. Em seu aspecto formal, define-se como um conjunto de normas escritas, produzidas por um processo diferenciado daquele seguido para a elaboração das demais regras jurídicas, fruto do exercício de um poder soberano e que serve de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico, independente de seu conteúdo, bastando que a norma esteja inserida no texto constitucional. No aspecto formal de se compreender a constituição, privilegia-se mais o procedimento de aprovação da norma, do que seu conteúdo²²². Material ou formal, fator real de poder, decisão política, norma suprema, qualquer que seja o sentido de constituição há que ser interpretada, para que faça sentido à comunidade política que a constitui. Não se ignora e nem se deseja aqui relativizar o ato de interpretação, mas, ao menos no campo jurídico, é absolutamente necessário estabelecer um norte, um caminho, uma direção de sentido para a constituição, sob pena de nenhum ato comunicativo poder se tornar eficaz na área do direito. Há muito que o brocardo latino *in claris non fit*

²²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 211.

²²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 37-40.

*interpretatio*²²³ deixou de ser utilizado pela comunidade jurídica. Contemporaneamente, cada signo linguístico contido no corpo constitucional é objeto de ampla e variada plêiade de interpretações, as quais nem sempre conduzem ao mesmo ponto de chegada, o que provoca uma séria perturbação do ambiente em que a norma deve ser aplicada, fazendo com que algumas autoridades se proclamem como os melhores intérpretes do sentido constitucional.

Nas últimas décadas há um movimento externo e interno ao Supremo Tribunal Federal no sentido de atribuir ao órgão de cúpula do Poder Judiciário o título de intérprete ideal e último do conteúdo constitucional. Os onze ministros que o integram acreditam que sua capacidade intelectual e seus valores morais são as melhores diretrizes para se encontrar o melhor significado possível da vontade constituinte do povo brasileiro. O próprio texto constitucional, sem dúvidas, atribui ao tribunal um papel de destaque na tarefa de interpretar a constituição, quando em seu artigo 102, *caput*, determina que ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a *guarda* da constituição. Especial sim, único não. Sua distinção consiste na expectativa constitucional de um órgão jurisdicional típico, ou seja, politicamente isento e imparcial, o qual primando pela técnica jurídica, buscaria dar o sentido mais adequado à preservação do *sentido de constituição* manifestado pelo legislador constituinte ao qual aderiram os membros da comunidade política brasileira. O Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um papel significativamente ativo em relação às instituições brasileiras, de modo a produzir diretamente uma *centralidade* política e, indiretamente, uma judicialização das grandes questões nacionais. Os erros e acertos são aplaudidos por uns e objeto de críticas mais ou menos vigorosas de outros. Não é um fenômeno tipicamente brasileiro, já que em diferentes partes do mundo e em diferentes épocas, os tribunais se destacaram em alguns momentos históricos como protagonistas de decisões de amplo alcance político, implementando políticas públicas ou realizando escolhas morais em temas controvertidos²²⁴.

²²³ Cf. MASUELLI, Saverio. In *claris non fit interpretatio: alle origini del brocardo*. **Rivista di Diritto Romano**, Milano, vol. 2, n. 1. p. 401-424. Disponível em: <<https://goo.gl/nsXE1o>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012, p. 15-21. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 23.

O Poder Judiciário não deve ser o intérprete último da lei mais alta²²⁵. Sua atividade típica consiste na aplicação do ordenamento jurídico às situações concretas. A noção básica de subsunção da norma ao caso concreto tornou-se insuficiente diante da edificação de um sistema jurídico que prima por normas cada vez mais abstratas e que demandam uma atividade interpretativa muito mais complexa. A generalidade normativa dos princípios presentes na constituição demanda do intérprete a utilização de significativa abordagem transdisciplinar, em que diversas áreas do conhecimento humano são utilizadas de forma a extrair do texto constitucional um sentido possível, uma noção palpável de sua vontade. O legislador não deve assumir para si a tarefa de interpretar sua obra (interpretação autêntica), mas é evidentemente que, como membro do corpo social, também ao legislador é dado o direito de exercer a atividade interpretativa após a realização de sua tarefa. É razoável supor que, no momento de elaboração da norma, o legislador tenha tido o cuidado de empregar a linguagem da maneira mais precisa possível, de modo a evitar indesejáveis problemas de interpretação em decorrência de má técnica legislativa. Também se parte da premissa de que o legislador, ao exercer sua atividade, sinaliza a vontade do corpo político que o elegeu e, em seu nome, como que revelando a vontade de seus eleitores, produz a legislação que outros deverão interpretar.

Usualmente a interpretação fica a cargo da doutrina e dos tribunais. A doutrina deveria explicar o direito, mas muitas vezes, sem nenhuma cerimônia, acaba por colonizar o pensamento dos incautos que se dedicam a leituras contaminadas ideologicamente. Ao invés de ensinar, enganam seus leitores com opiniões travestidas de pensamento científico, com vontades particulares vendidas como se fossem o desejo do legislador. Acabam deseducando mais do que promovendo a compreensão do direito. A interpretação dos tribunais não segue uma via muito diversa. Mesmo não sendo fonte primária do direito, as decisões judiciais permitem ao corpo social dimensionar o alcance prático da norma jurídica, especialmente quando situações concretas são decididas pelas mais variadas instâncias e estruturas judiciais, de modo a conferir uma relativa orientação social a respeito do sentido contido na norma legislada. Ocorre que também os tribunais e suas decisões servem como parâmetro idealizado do significado jurídico da norma legislada, porquanto perderam sua legitimidade democrática. Os tribunais e seus ministros,

²²⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 281.

encastelados em seus gabinetes, exercem uma prática pouco usual ao Poder Judiciário quando se trata de interpretação inovadora da ordem jurídica constitucional, quando criam direito novo, não legislado a partir da interpretação constitucional. Não há fundamento constitucional para aceitar que os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, exerça um papel de supremacia em relação aos demais poderes constituídos e em relação à Sociedade que experimenta todas as consequências da atribuição de significado inovador à ordem constitucional.

A Constituição de 1988 e seu sistema de limitação de poderes e de direitos fundamentais está sendo mal compreendido, mal aplicado e mal concretizado por diversos segmentos do Poder Judiciário, que deveriam protegê-la e guardá-la, em toda a extensão de seu *corpus*, sem a promoção de manobras hermenêuticas moralizadoras que supostamente pretendem corrigir o direito positivo, eis que referida tarefa não cabe ao Poder Judiciário, nem cabe à moral dos ministros, alterar o direito elaborado nas fornalhas da democracia²²⁶. Mesmo defendendo a postura ativista, Inocêncio Mártires Coelho reconhece que no Brasil, entre aplausos e críticas, o Supremo Tribunal Federal cria direito novo, embora acautelado com a advertência de que as normas que emergem de seus julgados não surgem do nada, mas são extraídas do texto constitucional, no qual estavam insinuadas, latentes ou implícitas, a espera do momento oportuno para se mostrarem às claras²²⁷.

Quando o Brasil foi constituído em estado democrático de direito, o fez com a clara intenção de que estado e direito se submetessem ao princípio democrático. Nenhuma instituição ou poder está acima da vontade democrática do povo brasileiro. Assim, a atividade de guardião constitucional atribuída pelo texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal não lhe dá a possibilidade de atuar contra o princípio democrático que o criou e definiu suas competências. Daí decorre a necessidade de se estabelecer um constrangimento democrático ao expansionismo da vontade jurisdicional em relação à vontade soberana e democrática do povo brasileiro, sob o risco de se entregar, sem permissão constitucional,

²²⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Constituição está com sério déficit de compreensão e concretização. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. Disponível em: <<https://goo.gl/MiyLmT>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

²²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, n. 2, 2015. p. 3-22. Disponível em: <<https://goo.gl/Lh8o5i>>. Acesso em 19 ago. 2018. p. 11.

o poder do povo aos juízes. A tarefa de dar sentido constitucional às leis produzidas pelo Poder Legislativo é concretizada juridicamente por meio do que se convencionou denominar de controle de constitucionalidade, que se caracteriza como um conjunto amplo de ações judiciais, técnicas e ferramentas políticas que visam, em última instância, manter íntegras as aspirações constitucionais fixadas em 1988.

O controle de constitucionalidade se revela em diversas formas e momentos, mas se caracteriza basicamente como atividade de filtragem constitucional, ou seja, as leis e atos normativos, assim como as atividades executivas devem se submeter ao que foi estabelecido no pacto constitucional. A tarefa pode, em princípio, parecer algo simples, mas se está distante de algo que seja simplório na prática. No cotidiano jurídico, afetado pelas mais diversas ordens de orientação, o intérprete pode chegar a conclusões opostas no momento de aplicar *in concreto* os ditames constitucionais, ou então atribuir significado não compartilhado com os demais membros da comunidade jurídica e política, de forma a atender sua vontade moral, ou aquilo que se convencionou denominar de solipsismo²²⁸.

Há uma questão que se revela intransponível, alguém ou alguma instituição ou poder do estado deve dar o sentido última para a constituição. As soluções encontradas até o presente momento variam, em maior ou menor grau, entre soluções legislativas, nas quais o Poder Legislativo, representando o povo, decide em última instância o significado, alcance e possibilidades da Constituição. Por outro lado, tem-se a solução jurisdicional, na qual os juízes e tribunais ficam encarregados de atribuir à constituição, o sentido da norma constitucional. Em nenhuma dessas soluções há previsão de consultar o maior interessado na atribuição de sentido à constituição, ou seja, o próprio povo. Quando o Brasil, por força de dispositivo constitucional inserido no título “Dos princípios fundamentais”, constituiu-se em “Estado Democrático de Direito”, com a expressa determinação de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”, torna possível defender a tese de que, também em matéria de atribuição última do significado da constituição, haveria não só a permissão, mas a imperiosa determinação para que o povo, em casos que ultrapassem a normalidade da relação entre os poderes, seja estimulado a diretamente atribuir o sentido último, dar a palavra final, de

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231-236.

sentido à constituição, vocacionando, desta forma, o fundamento democrático no qual se constitui o Brasil.

A democracia converte o arbítrio do estado em poder popular. Sem democracia não é possível um estado ou um direito legítimo. Os órgãos judiciários e suas intervenções apenas se legitimam quando não substituem as tomadas democráticas de decisão. O judiciário não encontra respaldo constitucional, seja pelo argumento da competência ou da intervenção técnica, para exercer atividade política legislativa, criando direito novo, atuando como legislador positivo, por meio de sua interpretação constitucional, provocando o esvaziamento do Poder Legislativo e, indiretamente, o enfraquecimento do debate democrático, como espaço apropriado à resolução das grandes questões políticas nacionais²²⁹.

Mais importante que a existência de um governo democrático, é estimular e pensar a participação popular na proteção de direitos. Os teóricos constitucionais costumam pensar os direitos em termos de restrição e, mais especificamente, em termos de restrição do Poder Legislativo, mas sem dúvida, o mais poderoso baluarte dos direitos em uma democracia é a ampla participação da população verdadeiramente engajada nos negócios de governo. A participação democrática contribui para a articulação de direitos através do papel proeminente que os direitos desempenham no debate legislativo e na tomada de decisões do Poder Executivo. A capacidade de questionar um governo e procurar mudar os governos, constitui poderoso meio de reivindicações de direitos. É profundamente errado acreditar que os direitos devem operar apenas para restringir a ação democrática²³⁰.

²²⁹ BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1.

²³⁰ WEBBER, Jeremy. Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada (and elsewhere). **Australian Journal of Human Rights**, Sydney, vol. 9, n. 1. p. 135-182. Disponível em: <<https://goo.gl/eRfXFT>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 155. No original em inglês: “*Most importantly, the very existence of democratic government and popular participation serves to protect rights. Constitutional lawyers tend to think of rights entirely in terms of constraint – and specifically constraint of the legislature – but without doubt, the most powerful bulwark of rights in a democracy is broad participation by an engaged citizenry in the business of government. That participation contributes to the articulation of rights through the*

Originalmente, o estado democrático se estabelece por meio do parlamento que, em teoria, revela o sentimento ou a vontade popular, mas diante da crise de representatividade experimentada na atualidade, a jurisdição constitucional não se revela substituto apropriado da democracia²³¹. O tema controle de constitucionalidade insere-se no espectro da separação de poderes, que deixou de ser mera técnica de repartição de competências institucionais para se transformar em verdadeiro instrumento de efetividade democrática, posto que somente na democracia é possível a organização legítima dos poderes, agora submetidos à vontade popular expressada nas urnas. Trata-se da vitória do primado democrático sobre o tecnicista. Nem mesmo a proteção dos direitos fundamentais, utilizada como fundamento para o exercício do controle de constitucionalidade, pode submeter o presente e o futuro ao passado, sob pena de institucionalização e eternização do *status quo*.

A separação dos poderes, em seu sentido mais amplo e genérico, a relação entre as partes que formam um sistema político, pode ser considerada uma constante da práxis e da teoria política de todos os tempos, exigindo distintas modalidades de relação entre as partes, de acordo com cada época no que respeita a graduação de maior a menor empirismo ou racionalização, e no que diz respeito a sua adaptação às condições políticas e aos pressupostos culturais²³². Por isso se diz que o

prominent role that rights play in parliamentary debate and Executive decision making. The ability to petition, to question one's government, and to seek to change governments constitute powerful means of challenging abusive conduct and vindicating rights claims. It is profoundly wrong – indeed dangerously so – to believe that rights must operate only by constraining democratic action”.

²³¹ BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-2.

²³² GARCÍA-PELAYO, Manuel. La division de poderes y su control jurisdiccional. **Revista de Derecho Político**, vol. 18-19. p. 7-16. Disponível em: <<https://goo.gl/ERMf2U>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 7. No origina em espanhol: “*La división de poderes en su sentido más amplio y genérico, es decir, entre las partes que componen un sistema político, puede ser considerada como una constante de la praxis y de la teoría políticas de todo tiempo, si bien naturalmente toma distintas modalidades según las épocas y las coyunturas en lo que respecta a su grado de mayor o menor empirismo o racionalización, y en lo referente a su adaptación a las condiciones políticas y a los supuestos culturales de cada tempo*”.

controle de constitucionalidade pode funcionar como um catalisador de diversos e significativos temas do direito constitucional contemporâneo, dentre os quais a interpretação constitucional, a organização do judiciário, a separação dos poderes e a democracia²³³.

Ronald Dworkin²³⁴ e Jeremy Waldron²³⁵, apesar de trilharem caminhos e soluções distintas, buscam conciliar a aparente dicotomia que envolve a solução que pugna por “todo o poder aos juizes” ou “todo o poder ao legislador”, sugerindo a construção de um diálogo entre poderes. De um lado afirma-se que juizes procuram implementar políticas públicas sem conhecer as políticas existentes, de outro lado defende-se que os juizes não podem se intrometer na esfera legislativa, por questões de separação de poderes. Ao se superar essa dualidade, e assumindo a premissa de que a decisão do Poder Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas parte de um diálogo incessante, por meio do qual seja possível conciliar ambas as posições²³⁶.

A atividade jurisdicional se popularizou, tornou-se produto midiático, escapou dos gabinetes dos magistrados, é consumida

²³³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan. 2009, p. 197-227. Disponível em: <<https://goo.gl/QzRFiv>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 198.

²³⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²³⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Cf. WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan. 2009, p. 197-227. Disponível em: <<https://goo.gl/QzRFiv>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 220. Cf. WALDRON, Jeremy. A skeptical view. **Public Law Reserach Paper**, New York, 2012, p. 1-45. Disponível em: <<https://goo.gl/2VqLiS>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

diariamente pelos mais diversos setores da Sociedade. Está nas revistas semanais, nos jornais diários, nas redes sociais. As decisões judiciais são objeto das mais diversas análises, com preponderância das consequências da decisão, mais do que sobre a fundamentação ou a construção argumentativa que levou o tribunal a chegar a decisão. Os magistrados foram alçados a condição de verdadeiros *pop stars*, dão entrevistas para revistas, jornais e rádios, definem pautas jornalísticas, tiram *selfies* com os jurisdicionados em shopping centers, participam de programas de entrevistas, lançam obras autobiográficas, enfim, atuam como verdadeiras estrelas do *show biz*²³⁷.

O Supremo Tribunal Federal passou de poder moderador a poder tensionador, multiplicando as incertezas e acirrando conflitos, transformando-se em protagonista de uma democracia em desencanto. Os eventos mais sintomáticos da recente degeneração política passam por esse tribunal. O modelo de separação de poderes articulado em 1987-1988 conferiu uma posição peculiar ao Supremo Tribunal Federal, que possui o poder de revogar decisões de representantes eleitos. É um tribunal que se autorregula e não responde a nenhum outro poder, nem mesmo à sociedade. O que justifica essa imunidade em relação aos canais democráticos de controle? A autoimagem construída pelos ministros do Supremo Tribunal Federal apresenta-se como a última trincheira dos cidadãos, imbuída de salvar a democracia de si mesma, domesticar as maiorias e amparar as minorias, vanguarda iluminista a empurrar a

²³⁷ BOTELHO, Alexandre. Supremo Tribunal Federal como órgão moral máximo do ordenamento jurídico brasileiro. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; DAL RI JR., Arno; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Direito, Estado e Constituição**: homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo. Florianópolis: Insular, 2018. p. 53. Cf. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judiciário e política no Brasil contemporâneo: um retrato do Supremo Tribunal Federal a partir da cobertura do jornal Folha de S. Paulo. **Dados**, Rio de Janeiro, dez. 2017, p. 937-975. Disponível em: <<https://goo.gl/CrZ4Wt>>. Acesso em: 24 jul. 2018. Cf. RÍO, Andrés del e ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal, o poder judiciário e a política: apresentação. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, jun./out. 2018, p. 17-23. Disponível em: <<https://goo.gl/GDYWKV>>. Acesso em: 24 jul. 2018. Cf. POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Uniritter**, Porto Alegre, 2009, p. 97-118. Disponível em: <<https://goo.gl/9AQfRN>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

história em direção ao progresso civilizatório. Despreparado para a magnitude do desafio, sua prática desmerece o autorretrato, frustra expectativas e corrói a pretensão de legitimidade. Por não dar conta de seu papel de árbitro, torna-se partícipe da crise. Não é mais visto como aplicador equidistante do direito, mas adversário ou parceiro dos mais variados atores políticos. Não é vítima da conjuntura, mas de sua própria inépcia. A vanguarda iluminista na aspiração descobriu-se vanguarda ilusionista. Perde-se a reverência pelo Supremo Tribunal Federal, o que implica ganho de maturidade social e política²³⁸.

As origens políticas do estabelecimento do *judicial review* encontram-se no interesse que possuem as classes dominantes de preservar seu status hegemônico e não na promoção de uma mobilização democrática a serviço da política. O *judicial review*, na prática, não serve para promover políticas redistributivas mais favoráveis ou promover a difusão do poder²³⁹. A democracia se tornou uma ameaça à lógica do mercado, e os tribunais são fortalecidos com vistas à promoção da estabilidade. Uma linha de análise desse cenário credita a ampliação do papel do Poder Judiciário a uma retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de igualdade e liberdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas, razão pela qual recorre-se erroneamente ao Poder Judiciário como guardião último dos ideais democráticos, o que gera uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas do sistema

²³⁸ MENDES, Conrado Hubner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de São Paulo**, São Paulo. Disponível em: <<https://goo.gl/3koBxV>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

²³⁹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 16. Cf. LOUREIRO, Maria Rita. As origens e consequências da judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, vol. 29, n. 84. p. 189-199. Disponível em: <<https://goo.gl/dfs7Nq>>. Acesso em: 26 jan. 2018. Cf. BARBOSA, Claudia Maria e POLEWKA, Gabriele. Juristocracia no Brasil a perspectiva da Rah Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 2. p. 309-334. Disponível em: <<https://goo.gl/zFxBEP>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

representativo, o Poder Judiciário contribui para a negação da própria democracia²⁴⁰.

Ao longo das últimas décadas, o mundo testemunhou uma transição surpreendentemente rápida para o que pode ser chamado de juristocracia. Em vários países se transferiu um poder sem precedentes das instituições representativas para o Poder Judiciário. Os tribunais superiores tornaram-se cada vez mais importantes, até mesmo cruciais órgãos políticos. Parafraseando Alexis de Tocqueville²⁴¹, agora não há praticamente nenhuma controvérsia política, moral ou pública no novo constitucionalismo mundial que mais cedo ou mais tarde não seja judicializada. Esta tendência global para a expansão do domínio judicial é, sem dúvida, um dos desenvolvimentos mais significativos do século XX e início do XXI²⁴².

A ambição do constituinte, implicado em um confuso e delicado momento de transição política, em que necessitou de aval do Poder Judiciário para seguir adiante com a Assembleia Nacional Constituinte de

²⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-463. Disponível em: <<http://goo.gl/7sIL7h>>. Acesso em: 04 dez. 2015. p. 443.

²⁴¹ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁴² HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, vol. 11, n. 1. p. 71-18. Disponível em: <<https://goo.gl/1fHjzj>>. Acesso em: 26 jan. 2018. p. 71. No original em inglês: “*Over the past two decades the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in numerous countries and in several supranational entities, fundamental constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. Most of these polities have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review. National high courts and supranational tribunals meanwhile have become increasingly important, even crucial, policy-making bodies. To paraphrase Alexis de Tocqueville’s observation regarding the United States, there is now hardly any moral, political, or public policy controversy in the new constitutionalism world that does not sooner or later become a judicial one.’ This global trend toward the expansion of the judicial domain is arguably one of the most significant developments in late twentieth and early twenty-first century government*”.

1987-988²⁴³, delineou os contornos de suas futuras competências institucionais e jurisdicionais superlativas (corte constitucional e tribunal de última instância, além de atribuições administrativas), quando passou a exercer a guarda da constituição (art. 102, *caput*, CRFB), o que levou Oscar Vilhena Vieira a cunhar o termo supremocracia, que é como ele denomina esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. A partir da promulgação da Constituição de 1988 houve uma centralização do sistema político brasileiro em torno do Supremo Tribunal Federal, que passou a ocupar espaço político privilegiado de forma paulatina, diante da tarefa de guardar texto significativamente extenso. A ampliação da jurisdição constitucional levou o Supremo Tribunal Federal a exercer uma espécie de poder moderador, responsável por emitir a última palavra em inúmeras questões, ora legitimando decisões de órgãos representativos, ora substituindo as escolhas majoritárias. Este conjunto de atividades pode até não ser estranha a outros tribunais ao redor do mundo, mas no Brasil a distinção é de escala, diante da quantidade de temas de natureza constitucional, e de natureza, pela ausência de obstáculos para que o Supremo Tribunal Federal aprecie e decida a respeito de atos do poder constituinte reformador e ordinário. Variadas são as possíveis respostas para esta situação paradoxal que o Supremo Tribunal Federal representa na atualidade. A ambição constituinte e constitucional, desconfiada do legislador ordinário, regulamentou pormenorizadamente temas normalmente afetos ao campo normativo do direito infraconstitucional, estabelecendo uma espécie de compromisso maximizador, criando uma enorme tensão constitucional e promovendo a ampliação da litigiosidade. A equação é simples, se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno, e as questões constitucionais acabam desaguando no Supremo Tribunal Federal²⁴⁴.

Ao longo de quase três décadas, o Supremo Tribunal Federal foi paulatinamente alargando suas amplas competências e imiscuindo-se em temas antes reservados com exclusividade ao ambiente político. De intérprete autorizado do texto constitucional, passou a construir o sentido da constituição, afirmando sua competência acerca e acima dos demais

²⁴³ Cf. ARAUJO, Cicero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o poder constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88. p. 327-380. Disponível em: <<https://goo.gl/1cUvQk>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

²⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-463. Disponível em: <<http://goo.gl/7sIL7h>>. Acesso em: 04 dez. 2015. p. 444-447.

poderes constituídos. Ocorre que referida atuação não encontra amparo na arquitetura constitucional brasileira, salvo se for feito um exercício hermenêutico elástico e contraditório, no qual a criatura pode dar à luz seu criador, o poder constituinte que é, em última análise, o próprio povo soberano²⁴⁵.

Essa relação conflituosa não é recente e nada indica que será solucionada em breve (se é que será um dia solucionada). Sem aprofundar a discussão, é certo que o direito do século XX experimentou forte influência do positivismo científico²⁴⁶. Estimulados pelos notáveis progressos da física, muitos juristas buscaram aplicar o método científico ao direito²⁴⁷. Uma das propostas básicas do positivismo jurídico do século XX foi separar o direito da moral, transformando aquele em verdadeira ciência jurídica. Apesar de todas as críticas feitas ao positivismo jurídico (na verdade, aos mais variados positivismos jurídicos), algumas apropriadas e outras nem tanto, o direito encontrou terreno fértil a sua compreensão e reconhecimento. Novos direitos, renovadas ambições jurídicas foram conquistadas e alçadas ao panteão das normas constitucionais, demandando uma reordenação do modelo de estado e das relações políticas.

Nesse contexto conflituoso do direito constitucional do século XXI, Ronald Dworkin defende uma tese segundo a qual os tribunais devem decidir com base em valores morais, desde que alcancem resultados, ou seja, que o governo esteja vinculado a determinados direitos, conforme a autoridade que estrutura e legitima seus procedimentos²⁴⁸, já que uma constituição principiológica, implementada

²⁴⁵ Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²⁴⁶ Cf. COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. Tradução de José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

²⁴⁷ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1982.

²⁴⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Cf. WALDRON, Jeremy O judicial review

por magistrados, não seria contrária ao ideal de democracia²⁴⁹. Nos *hard cases*, quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão pelo Poder Legislativo, o juiz dispõe do poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra²⁵⁰. Seria então a constituição o equivalente a ordem que Ulisses dá aos seus marinheiros de acorrentar-se ao mastro do navio, conforme sugeriu Jon Elster?²⁵¹ Será o resultado da combinação da vontade da maioria contida na *lex majoris partis* (fórmula decisional racional, mas pressuposta e que não pode ser produzida pela escolha coletiva)²⁵². A *lex majoris partis* é uma decisão que permite a população tomar decisões coletivas pela primeira vez. Pode ser uma regra racional, mas é uma regra pressuposta e não produzida pela escolha coletiva e isso inclui as escolhas atribuídas por uma soberania popular imaginária. A tentativa de explicar, por meio de uma analogia entre as convenções constitucionais e a ordem de Ulisses, determinando que seus marinheiros o amarrassem ao mastro do navio, com um povo democrático que poderia impor uma constituição a si mesmo, pouco contribui para iluminar as origens, sobrevivência e funções da constituição em situações democráticas, conforme já

e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 244.

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Especialmente o capítulo 3, da parte 1.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

²⁵¹ Cf. ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**: estudios sobre racionalidad e irracionalidad. Tradução de Juan José Utrilla. Distrito Federal, México: Fondo de Cultura Económica, 1989. Cf. ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009.

²⁵² Cf. WALDRON, Jeremy A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Altonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Cf. WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016. Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999. Cf. WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, jan. 2009, p. 2-24. Disponível em: <<https://goo.gl/RDUKUj>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

reconhecido pelo próprio Jon Elster²⁵³. O principal defeito da analogia é que Ulisses operava como um tomador de decisões coerentes, capaz de outorgar comandos cogentes e obedecê-los apropriadamente, antes de ordenar seus tripulantes a amarrá-lo ao mastro. Somente um capitão conhecedor da deferência da sua equipe, e não uma população amorfa, operando sem regras de decisão pré-estabelecidas, ou sem uma fronteira claramente demarcada entre os membros e os não membros da Sociedade, poderia representar papel tão constitutivo²⁵⁴.

Costuma-se definir a constituição como a lei maior de um determinado agrupamento social e político, que não admite alteração por meio de procedimentos legislativos ordinários. Esse entrincheiramento isola as normas constitucionais de controles majoritários que eventualmente possam vir a controlar o governo ou a legislatura. A partir desse entendimento, os teóricos constitucionais debatem o dilema contramajoritário, no qual exsurge o seguinte problema: por qual razão uma nova geração permaneceria comprometida com um arranjo que foi propositadamente arquitetado para ser de difícil alteração? Uma das possíveis respostas está no fato de que determinados grupos políticos, sociais ou econômicos possuem razões sólidas e no seu próprio interesse para se vincular às exigências majoritárias. A razão disto é que tais grupos ao aceitarem as restrições majoritárias contribuem para mobilizar a contribuição voluntária de outros grupos, que não compactuam dos mesmos interesses, para a persecução dos objetivos visados por aqueles grupos. As democracias sempre foram mais uma inspiração do que uma realidade. Episódios genuinamente democráticos ocorrem quando atores poderosos descobrem alguma vantagem palpável na participação popular. As constituições podem servir a muitos propósitos atraentes às forças dominantes da Sociedade sem qualquer consideração para com a democracia ou o direito dos mais fracos. A ideia de que o poder limitado pode ser mais poderoso do que um poder ilimitado revela um paradoxo, mas também a melhor explicação porque as elites se submetem às restrições constitucionais. A autorrestrição para o aumento do poder das

²⁵³ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009. p. 7.

²⁵⁴ HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional**: constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014. p. 581.

classes dominantes explica o sucesso das constituições ao longo de mais de dois milênios. Se a limitação do poder não produzisse um poder maior, provavelmente as constituições nunca teriam assumido o relevante papel que representam na vida política²⁵⁵.

Não é diferente a situação no Brasil, que experimentou uma série de mudanças políticas com nítido reflexo no ordenamento jurídico, de modo a promover uma tardia constitucionalização²⁵⁶, resultado de longo período de autoritarismo e dormência dos titulares dos direitos. É no bojo deste cenário de expansão e constitucionalização dos direitos que o Supremo Tribunal Federal passou a assumir uma competência não expressamente prevista, e nem desejável, pela constituição, o de supremo tribunal moral do país. A Constituição de 1988 não é perfeita (como reconhece Ulisses Guimarães quando de sua promulgação e o próprio mecanismo de Emendas à Constituição²⁵⁷). A arquitetura constitucional de 1988 pretendeu um modelo de separação das funções do estado (poderes) baseada em um sistema presidencialista, com um modelo de *judicial review* relativamente fraco e, finalmente, com o exercício de uma democracia representativa fundamentada em amplo rol de direitos fundamentais. Ocorre que a realidade subverteu o projeto constituinte e a vontade do constituinte. O judiciário assumiu a *imago paterno*²⁵⁸ e a Sociedade tornou-se órfã. A constituição não se pode se tornar apenas aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz, nem aquilo que os grandes poderes ocultos (mídia, corporações, capital etc.) querem que o Supremo Tribunal Federal diga. A democracia brasileira não necessita do juiz Hércules ou de uma entidade jurídica semidivina. Precisa, isso sim, concretizar o fundamento constitucional de que todo o poder emana do

²⁵⁵ HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional**: constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014. p. 587.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da ESMEC**, Fortaleza, 2006, p. 13-100. Disponível em: <<http://goo.gl/pT8Zkb>>. Acesso em: 13 dez. 2015. p. 37.

²⁵⁷ GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<https://goo.gl/p8XCvQ>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

²⁵⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, nov. 2000, p. 183-202. Disponível em: <<https://goo.gl/t6jL54>>. Acesso em: 19 ago. 2015. p. 201.

povo, sob pena de não o fazendo, a Sociedade brasileira continuar órfã de democracia e de direitos. Torna-se necessário, por meio de uma crítica jurídica ao controle de constitucionalidade, nos moldes que se exerce a jurisdição constitucional no Brasil, restabelecer as bases democráticas dessa mesma jurisdição, revestindo o direito de legitimidade popular. O longo e constante processo de mitigação da democracia e, para ocupar esse vazio, a construção de uma teoria pretensamente apta a tutelar os direitos fundamentais deu lugar a uma ordem de supremacia judicial, seja no âmbito da jurisdição ou da mutação constitucional, atribuindo ao Poder Judiciário uma competência nunca imaginada pelo texto constitucional²⁵⁹.

O controle da constitucionalidade de leis e atos normativos representa uma exigência conciliação de todo conteúdo normativo infraconstitucional à constituição. A verificação da adequação de uma lei à constituição envolve a verificação de requisitos subjetivos e objetivos, que devem ser observados na edição da norma, assim como requisitos substanciais, de constitucionalidade do ato jurídico²⁶⁰. A existência de mecanismos de controle de constitucionalidade pressupõe a existência de um ordenamento jurídico escalonado, em que a constituição ocupe posição de primazia, que sirva de referência e fundamento de validade para toda norma que se encontra imediatamente abaixo dela no escalonamento normativo, razão pela qual a incoerência jurídica de norma infraconstitucional à constituição, já que é no texto constitucional que o legislador ordinário descobre as regras de elaboração legislativa (processo legislativo) e, principalmente, de conteúdo normativo, determina sua exclusão do ordenamento jurídico, por incompatibilidade e ausência de fundamento de validade constitucional. Sendo a constituição a norma fundante e suprema de toda a ordem jurídica estatal, pode-se afirmar que uma norma só será válida quando encontrar o seu fundamento de validade na norma superior constitucional. O estado de direito pressupõe a adoção do princípio da constitucionalidade, na medida que é dotado de uma norma fundamental escrita e rígida a nortear o seu

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012, p. 15-21. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 15.

²⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 33 e seguintes.

destino político²⁶¹. Controlar a constitucionalidade de lei ou ato normativo significa obstaculizar a subsistência da eficácia de norma contrária à constituição, já que seu pressuposto de validade reside na existência e no reconhecimento de um escalonamento normativo no qual a constituição ocupa o seu ápice.

Para que exista controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, faz-se necessário que a constituição seja rígida, já que formalmente e facilmente verificáveis a sua superioridade e conteúdo normativo, de modo que a lei ou ato normativo em desconformidade com a constituição deve ser expurgado do ordenamento jurídico, fazendo com que a integridade constitucional permaneça firme e sólida, promovendo a integridade de toda a arquitetura jurídica por ela delineada. A rigidez constitucional resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela constituição²⁶². A constitucionalidade e o seu oposto, a inconstitucionalidade, designam um conceito relacional entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional que não lhe é conforme, que é incompatível formal e/ou materialmente com o texto constitucional, que apesar de buscar, não encontra seu fundamento de validade na constituição. A questão do controle de constitucionalidade está implicitamente relacionada com os limites impostos aos atos emanados pelo poder público que caracterizem violação aos preceitos constitucionais, verdadeira técnica política e jurídica de limitação dos poderes constituídos e, por isso mesmo, submetidos à constituição²⁶³.

A estrutura escalonada do ordenamento jurídico, da qual é corolária a supremacia da constituição, conduz ao problema da lei inconstitucional. Diz-se inconstitucional uma lei cujo conteúdo ou forma se contrapõe, expressa ou implicitamente, à constituição. Daí porque a noção de lei inconstitucional denota não apenas a incompatibilidade

²⁶¹ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**: as cortes constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 22.

²⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 267 e seguintes.

²⁶³ BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a constituição como estuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, out./dez. 1997, p. 29-35. Disponível em: <<https://goo.gl/MfwvMk>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 30

resultante de contradição entre conteúdos normativos, mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo normativo (constitucional). A inconstitucionalidade é a desconformidade da norma legal em face da norma constitucional, a rebeldia da norma inferior ante a obrigatoriedade máxima da norma superior, seja em conflito material ou formal²⁶⁴.

Normalmente atribui-se à palavra controle o sentido de verificação, desempenhada por um sujeito controlador, da adequação de um objeto controlado a um objeto que serve de paradigma. Desta forma, o controle não é a adequação de um objeto a outro, que lhe é posto como paradigma, mas a verificação dessa mesma adequação. Controle implica a presença de três elementos: o sujeito controlador, que realiza o controle, o objeto controlado e o objeto-paradigma do controle. No caso do controle de constitucionalidade, o objeto controlado são as espécies normativas primárias, arroladas no art. 59, CRFB, o objeto-paradigma do controle é a própria constituição, com todas as alterações produzidas via emendas constitucionais, e o sujeito controlador atualmente, são apenas os membros do Poder Judiciário. A partir dessas premissas, pode-se conceituar o controle jurisdicional de constitucionalidade como a verificação pelos membros do Poder Judiciário da adequação das espécies normativas primárias aos requisitos formais e materiais estabelecidos pela constituição. Quanto ao paradigma, os atos jurídicos têm sua constitucionalidade controlada não só perante as normas editadas pelo poder constituinte originário, como também perante as normas editadas pelo poder constituinte derivado reformador. Quanto ao sujeito controlador, além dos juízes, em um estado democrático de direito, todos deveriam ter o poder e a obrigação de controlar a juridicidade dos atos jurídicos, agindo cada qual no âmbito da atividade ou função que lhe seja própria²⁶⁵.

Por todo o mundo diversos países adotaram seus próprios modelos de controle de constitucionalidade e se agruparam em torno de dois modelos referenciais, o norte-americano e o europeu, com adaptações pontuais à realidade histórica e socioeconômica de cada estado. Na Europa, as novas constituições preveem a existência de cortes

²⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 73.

²⁶⁵ BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://goo.gl/iNM3or>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 1-4.

constitucionais, cujas principais características são a criação de uma jurisdição para conhecer exclusivamente do contencioso constitucional, mas situada fora do aparelho jurisdicional ordinário, independente do Poder Judiciário e dos poderes públicos, suas decisões possuem efeito *erga omnes*, devendo observar estritamente a natureza de suas funções para caracterizar o exercício de um tribunal verdadeiramente constitucional²⁶⁶. As garantias constitucionais da jurisdição oferecem elementos essenciais à compreensão dos sistemas constitucionais, sendo que o estado democrático de direito não pode ser apenas uma figura de mera retórica. Há que se colocar a segurança e a certeza da jurisdição em estruturas menos instáveis que as normas jurídicas, mesmo as constitucionais²⁶⁷. Para que a crítica mencionada possa ser realizada, necessário uma descrição mais detalhada dos modelos de controle de constitucionalidade, de modo a permitir uma exata dimensão de seus efeitos na atual estrutura jurídica brasileira, especialmente no que diz respeito ao movimento de supremacia judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, é o que será feito no próximo capítulo.

²⁶⁶ Cf. GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional: seus elementos diante da separação dos poderes. **Direito e Democracia**, Canoas, jul./dez. 2010, p. 210-236. Disponível em: <<https://goo.gl/yhCDNS>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 215.

²⁶⁷ SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. xii.

5. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário, com a finalidade de compatibilizar as normas infraconstitucionais ao sentido constitucional adquiriu contornos jurídicos e políticos relevantes nas últimas décadas, especialmente pelo fato de que a constituição passou a ser levada a sério²⁶⁸, com base em seu caráter dirigente²⁶⁹, claramente assumido pelo constituinte de 1988. A constituição tornou-se mais conhecida pela população em geral, transpondo antigo encastelamento no universo jurídico e promovendo uma inclusão de minorias anteriormente ignoradas pelos poderes constituídos. A judicialização da política, a politização do judiciário, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, a crise de representatividade do Poder Legislativo e, mais recentemente, do Poder Executivo, demandam estudos e análises mais profundas a respeito desse mecanismo, que longe de limitar-se ao espaço jurisdicional, imiscui-se pelos mais diversos segmentos da Sociedade, provocando mudanças jurídicas, comportamentais, sociais e econômicas. O controle de constitucionalidade é hoje instrumento de transformação social. Longe o tempo em que apenas os atores usuais da seara jurídica se preocupavam com estes instrumentos processuais. Atualmente os temas mais sensíveis da Sociedade brasileira já foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, estão sendo ou serão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

²⁶⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁶⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. Constituição dirigente é aquela que define fins e objetivos para o estado e a sociedade. Cf. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, abr./jun. 1999, p. 35-51. Disponível em: <<https://goo.gl/Qkq8no>>. Acesso em: 20 jul. 2018. Cf. OLIVEIRA, Fábio de. A constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, 2005, p. 195-228. Disponível em: <<https://goo.gl/tqNP4T>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

A Constituição de 1988 teve na constituição portuguesa de 1976 sua pedra angular, com significativo aporte doutrinário de Jorge Miranda²⁷⁰ e Joaquim José Gomes Canotilho²⁷¹. Acontece que mais recentemente, o mestre lusitano anunciou a *morte* da constituição dirigente, ao afirmar que a “constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”²⁷². Só a normatividade não é capaz de transformar a realidade. A constituição tem a função de propor um programa racional e um plano de realização para a Sociedade de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da Sociedade estabelecida²⁷³. Nesse sentido, a ideia de constituição dirigente permanece válida, enquanto necessária ao momento histórico-cultural, os paradigmas seguem valendo, deixando de existir apenas quando não puderem mais responder a novas perguntas²⁷⁴. O dirigismo presente na Constituição de 1988 ainda está presente, como fato ou como ideia, no imaginário constitucional brasileiro. A teoria da constituição dirigente foi desenvolvida como uma espécie de vinculação do legislador às consequências de caráter projetante para o futuro e que põe a realidade como missão a partir do sistema criado na constituição portuguesa de 1976, com base nas formas de direção, desvio do Poder Legislativo, natureza da atividade legislativa e amplitude da liberdade de conformação, que não se confunde com a discricionariedade, pois a atividade legislativa não apenas se destina a cumprir o que consta na constituição, podendo também atuar na qualificação do interesse público²⁷⁵.

²⁷⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Coimbra: Coimbra Ed., v. I, 2011.

²⁷¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. xxxix.

²⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 14.

²⁷⁴ MENDES, Marcelo Barroso. A constituição dirigente e a Constituição de 1988. **Revista Virtual da AGU**, Brasília, maio 2009, p. 1-9. Disponível em: <<https://goo.gl/JyYuBR>>. Acesso em: 20 jul. 2018. p. 9.

²⁷⁵ GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional: seus elementos diante da separação dos poderes. **Direito e Democracia**, Canoas, jul./dez. 2010, p. 210-236. Disponível em: <<https://goo.gl/yhCDNS>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 217.

Quando se coloca a questão da morte da constituição dirigente, deve-se averiguar porque se ataca o dirigismo constitucional. O que se pretende é algo completamente distinto da problematização que se está realizando, o que se pretende, na verdade, é escancarar as portas da política social e econômica a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes e nem controláveis, razão pela qual se reafirma que a constituição dirigente não morreu²⁷⁶. José Joaquim Gomes Canotilho não fornece os meios efetivos de assegurar a supremacia da constituição diante de inconstitucionalidades no desenvolvimento de atualização constitucional²⁷⁷, devendo-se salientar que a função de cumprimento do dirigismo constitucional restaria à atuação das instâncias democráticas pertinentes ao Poder Legislativo e ao povo, revelando-se em expectativa constitucionalmente frustrada nessa parte, ao menos em relação ao modelo brasileiro, carente de emancipação inclusiva da pessoa humana, no qual ainda não subsistem as condições materiais mínimas para formação de comunidade cidadã²⁷⁸.

A intangibilidade do Poder Legislativo é paulatinamente afastada, sendo que o ápice deste processo de garantir a supremacia da constituição se torna papel dos tribunais, atuando como vigilantes da supremacia constitucional. O crescimento do controle de constitucionalidade pelos tribunais encontrará duas armadilhas, uma intransponível e outra que será pouco a pouco superada. A primeira é a doutrina inglesa da supremacia parlamentar, capaz até de julgar sem lei anterior. A outra é representada pela ideia francesa, consequência da Revolução de 1789, da lei como expressão da vontade geral, como emanção infalível e onipotente do desejo popular, de forma que não era possível o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. A segunda dificuldade desapareceu com o passar do tempo, a ponto de praticamente desaparecer no presente, quando os tribunais assumiram a representação social da vontade geral²⁷⁹.

²⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 31.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 349.

²⁷⁸ DANTAS, Miguel Calmon. Ode ou réquiem pela constituição dirigente? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/XH5QP1>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 15.

²⁷⁹ VIADEL, Antonio Colomer. **Constitución, estado y democracia en el umbral del siglo XXI**. Valência: Nomos, 1995. p. 25. No original em

O tribunal constitucional é uma invenção de cima para baixo pelo constitucionalismo norte-americano e reelaborado, na segunda metade do século XX, por Hans Kelsen. Seu ponto de partida é o de que a constituição é uma norma jurídica, não qualquer norma jurídica, mas a primeira de todas, *lex superior*, aquela que contém os valores supremos de um ordenamento jurídico e que a partir dessa supremacia é capaz de erigir-se em parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas que formam o sistema normativo²⁸⁰.

O movimento de criação dos tribunais constitucionais na Europa tem início após 1920, na Áustria e na República Tcheca, com a ressalva feita anteriormente, de que já existiam tribunais com atribuições bastante semelhante, até mesmo na Áustria, berço deste referencial jurisdicional. Uma segunda leva de criação de tribunais constitucionais ocorre após a

espanhol: “*la culminación de este proceso para garantizar la supremacía de la Constitución va a ser el papel de los jueces como vigilantes de la intangibilidad constitucional. Este creciente control constitucional por la judicatura encontrará solo dos escollos, uno insalvable y el otro poco a poco superado. El primero es la doctrina inglesa de la omnipotencia del Parlamento, capaz incluso de juzgar, sin previa ley. El otro está representado por la idea francesa – hija de la Revolución de 1789 – de la ley como expresión de la voluntad general o emanación del pueblo soberano. De acuerdo con esta interpretación, como ha señalado Francois Luchaire, la ley era infalible y omnipotente, y por tanto, no era posible el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Pero esta ficción se ha debilitado hasta prácticamente desvanecerse en la actualidad*”.

²⁸⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 123. Em espanhol no original: “*El tribunal constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, em la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse em el parâmetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema*”. Cf. ORTA, María Elena. La constitución como norma suprema y la supremacia de la constitución nacional. **Amicus Curiae**, Distrito Federal, p. 1-10. Disponível em: <<https://goo.gl/5XaUPY>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

segunda guerra mundial, na Alemanha, Iugoslávia e França, e a partir de 1970, em Portugal, Espanha, Grécia, Bélgica, Polônia, Hungria, Romênia, Bulgária, Albânia, Lituânia, Rússia e Armênia. Países como Grécia, Dinamarca, Suécia e Noruega adotaram modelo de jurisdição constitucional semelhante ao modelo norte-americano, optando por não estabelecer um confronto direto e aberto com o Poder Legislativo²⁸¹.

Apesar das aproximações e distanciamentos entre o modelo norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade, é possível notar-se na atualidade uma constante aproximação entre ambos, já que se procuram constantemente, podendo servir de exemplo a Suprema Corte dos Estados Unidos, que na aparência é um tribunal de maior hierarquia no modelo difuso, mas que por meio de sua competência discricional, denominada *writ of certiorari*, se converteu em verdadeiro tribunal constitucional, já que a maioria dos assuntos que conhece, possui caráter constitucional, assim como suas resoluções são obrigatórias para todos os juízes e tribunais, de acordo com o princípio *stare decisis*²⁸², de maneira que quando declara a inconstitucionalidade de uma lei, referida decisão possui efeito *erga omnes*, já que devido ao seu prestígio moral, também as autoridades administrativas acatam suas decisões²⁸³.

²⁸¹ GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional: seus elementos diante da separação dos poderes. **Direito e Democracia**, Canoas, jul./dez. 2010, p. 210-236. Disponível em: <<https://goo.gl/yhCDNS>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 216.

²⁸² BARROS, Sérgio Resende de. O senado e o controle de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, jan./jun. 2003, p. 163-180. Disponível em: <<https://goo.gl/uXwDHq>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 165 “Não se ignora a ausência do *stare decisis* no Brasil. Ele é nativo e próprio de um direito de índole jurisprudencial, como o inglês e o norte-americano. Já um direito de origem romanística, como o do Brasil, não condiz espontaneamente com tal rigidez de jurisprudência, mesmo no topo constitucional. Eis um fator que tolheu o surgimento do *stare decisis* no constitucionalismo brasileiro”.

²⁸³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Introducción al derecho procesal constitucional**. Distrito Federal: Fundap, 2002. p. 38. No original em espanhol: “*Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico*”.

Diversos ordenamentos constitucionais exercem influência sobre a experiência jurisdicional e constitucional brasileira, como é o caso da Lei Fundamental da Alemanha, quando dispõe sobre a organização do tribunal constitucional, bem como sobre o procedimento e força vinculante de suas decisões. A constituição italiana influencia a realidade brasileira quando dispõe expressamente sobre o início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A constituição portuguesa prevê que as decisões proferidas em controle abstrato possuem força obrigatória geral e também dispõe a respeito da fixação do alcance dos efeitos das suas decisões. A constituição espanhola faz referência direta ao efeito vinculante das decisões proferidas pelo tribunal constitucional²⁸⁴.

Carl Schmitt afirmava que a criação ou o reconhecimento de um tribunal constitucional transfere poderes de legislação para o Poder Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional em um estado de direito²⁸⁵. Daí a necessidade de uma observância maior frente aos dois recentes fenômenos da judicialização e

sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari (...) pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional va que la mayoría por no decir la totalidad de asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones". GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional: seus elementos diante da separação dos poderes. **Direito e Democracia**, Canoas, jul./dez. 2010, p. 210-236. Disponível em: <<https://goo.gl/yhCDNS>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 220. A respeito do writ of certiorari Cf. MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, 2009, p. 139-146. Disponível em: <<https://goo.gl/XATG5q>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Direito e Democracia**, Canoas, 2001, p. 73-95. Disponível em: <<https://goo.gl/b4SpkH>>. Acesso em: 22 jul. 2018. p. 82-83.

²⁸⁵ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. xi.

do ativismo judicial²⁸⁶. Os mecanismos que envolvem o controle de constitucionalidade brasileiro abeberaram-se em teoria e prática estrangeiras, de forma que o modelo nacional pode ser considerado único, já que combina o modelo difuso, de origem norte-americana, com o concentrado, oriundo da Europa (mais precisamente da Áustria). A ausência de um mecanismo do tipo *stare decisis*, a amplitude normativa constitucional, a imprecisão semântica, a desconfiança do legislador ordinário e outros fenômenos correlatos demandam uma análise mais pormenorizada desses mecanismos no Brasil. A jurisdição constitucional, inspirada pelo *judicial review*²⁸⁷ ou pelo modelo europeu continental, se tornou popular após o fim da segunda guerra mundial e tem sido acompanhada por uma “proliferação de modelos e recíproca hibridização”, o que faz com que a doutrina elabore uma infinidade de novos esquemas e categorias, que não têm sido suficientes para abarcar a complexidade do fenômeno da jurisdição constitucional²⁸⁸.

O *stare decisis* é uma característica jurisprudencial própria da *common law*, tendo nascido com esse modelo e se estendido até onde ele conseguiu se impor, chegando aos Estados Unidos em um tempo no qual o latim ainda era a língua em que se comunicavam as ciências, inclusive o direito, sendo que sua expressão completa é *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas. É afirmar que juízes e tribunais inferiores devem observar as decisões da Suprema Corte e não modificar as decisões já pacificadas, de

²⁸⁶ AZEVEDO, Alba Paula de e JUNIOR, José Albanes Bezerra. Jurisdição constitucional: uma análise acerca dos limites entre o jurídico e o político nas decisões do Supremo Tribunal Federal. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, nov. 2009, p. 1911-1923. Disponível em: <<https://goo.gl/naNz2M>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 1912.

²⁸⁷ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan./mar 2016, p. 115-132. Disponível em: <<https://goo.gl/NoaZyn>>. Acesso em: 31 jul. 2018. p. 115-116.

²⁸⁸ MEZZETTI, Luca. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. **Estudios Constitucionales**, Santiago, 2009, p. 281-300. Disponível em: <<https://goo.gl/EemoyM>>. Acesso em: 23 jul. 2017. p. 289. ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 499-500.

forma que o precedente gera um efeito vinculante em relação aos demais juízes e tribunais e mesmo em relação a administração pública. Embora o juiz deva ser fiel ao precedente, não alterando o que já está decidido, em virtude de sua natureza jurisprudencial, encontra-se sujeito à evolução histórica e até mesmo às contingências circunstanciais, não sendo, de forma alguma, insuperável. Aliás, o *stare decisis* não poderia ser inflexível em razão da existência de uma constituição escrita e da peculiar persistência dessa mesma constituição, promovendo uma inovadora convivência entre o direito jurisprudencial e o direito legislado, razão pela qual se afirma que, originário da Inglaterra, sofreu o *stare decisis* um eclipse parcial nos Estados Unidos. Para se compreender o eclipse da doutrina do *stare decisis* no direito constitucional norte-americano, deve-se ter em mente que, enquanto na Inglaterra o legislador pode remediar uma decisão errada da Câmara dos Lordes (quando atuar no papel da mais alta corte), o mesmo não sucede com uma decisão errada tomada pela Suprema Corte. Os tribunais ingleses maximizam o princípio *stare decisis* com a finalidade de manter certo o sentido jurisdicional da lei e salvaguardar a possibilidade de revisão do precedente, diante do fato de que é o Poder Legislativo que tem o poder de corrigir a lei a qualquer momento e com eficácia imediata, evitando possível erro judiciário²⁸⁹.

Apesar de a Suprema Corte utilizar a política do *noli tangeres* em questões políticas, acabou desenvolvendo na área do direito constitucional um papel mais ativo que aquele experimentado pelos tribunais ingleses, exercitando o *judicial review* inclusive em relação a atos legislativos e administrativos, de modo que as questões constitucionais permanecem sempre abertas a novo exame. Apesar da flexibilidade que o *stare decisis* recebe dos norte-americanos, não houve possibilidade de se fixar no Brasil, cujo sistema jurídico, centrado no direito positivo, não promove o estabelecimento de uma jurisprudência vinculante (cf. a esse respeito o descumprimento diário da súmula vinculante n. 25). Essa incompatibilidade inibe a espontaneidade de uma vinculação imperativa dos juízes aos precedentes dos tribunais superiores, havendo a necessidade de encontrar outra solução para generalizar a decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que envolvesse

²⁸⁹ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 598.

todos os agentes do estado, de modo a assegurar a estabilidade jurisprudencial mediante a formação de um padrão de constitucionalidade. No Brasil não há um critério absoluto para fixar a constitucionalidade, já que a matéria constitucional é relativamente variável no tempo e no espaço. As Sociedades contemporâneas, em razão da adoção de princípios ideológicos diferentes, chegam a conclusões manifestamente diversas no que concerne à classificação de um assunto como constitucional²⁹⁰. Até mesmo a constitucionalidade formal pende de interpretações, às vezes bastante variáveis e igualmente justificáveis. Ainda que a presunção de constitucionalidade decorrente da promulgação da lei seja *juris tantum*, não raro ela é confirmada por uma declaração jurisdicional de alcance geral, sendo conveniente que as decisões em sede de controle de constitucionalidade sejam não apenas *erga omnes partes in judicium deductas*, mas sim *erga omnes personas in societate civile compositas*²⁹¹.

O *judicial review* possui diversas características, sendo que as mais representativas são as seguintes: a) é incidental, pois a questão da constitucionalidade incide em questão que é a principal do litígio trazido a juízo; b) é difuso, pois a competência para exercer este controle difundida por todos os juízes e tribunais, não sendo concentrada em um juiz ou tribunal; c) é declaratório, pois o ato inconstitucional é julgado um natimorto jurídico, nunca sendo anulável, tocando ao juiz apenas a função de declarar essa nulidade *ab origine*, com eficácia *inter partes* e *ex tunc*; d) é *inter partes*, pois a decisão do juiz ou tribunal sobre a questão de constitucionalidade somente produz efeito entre as partes litigantes, não tendo eficácia *erga omnes*; e) é *ex tunc*, pois o ato declarado inconstitucional é nulo de pleno direito, não pode produzir efeitos jurídicos desde sua origem, sendo que eventuais efeitos ocorridos devem ser desfeitos, quer sendo materialmente desconstituídos, quer sendo

²⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 45.

²⁹¹ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 600.

reparados por indenização, compensação ou outro meio viável; f) é casual e concreto, pois se processa caso a caso, sempre *in casu*, em concreto²⁹².

Ao longo do século XIX se presenciou uma expansão do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, constantemente aprimorado, mesmo revelando alguns inconvenientes, como a insegurança jurídica e a falta de economicidade, especialmente na seara processual, já que resolver a inconstitucionalidade das leis e atos normativos caso a caso, acaba provocando uma proliferação de demandas judiciais para tratar de temas essencialmente idênticos. Nos países do *civil law*, em que não prospera o *stare decisis*, o modelo norte-americano gera instabilidade e insegurança jurídica, diante da possibilidade de que os juízes adotem decisões diversas, até contraditórias, sobre casos semelhantes. Com vistas a superar esses inconvenientes, engendrou-se um novo modelo de controle da constitucionalidade, mediante controle concentrado de constitucionalidade, que possui as seguintes características: a) principal, pelo fato de a questão da constitucionalidade ser a principal da ação, a *causa petendi*; b) concentrado, porque a competência para o exercício desse controle é atribuída a um só tribunal; c) desconstitutivo, porque o tribunal não apenas declara a inconstitucionalidade, mas desconstitui o ato por ela inquinado; d) *erga omnes*, porque o efeito da decisão vale para todas as pessoas submetidas ao ordenamento constitucional; e) *ex tunc* ou *ex nunc*, ou até *pro tempore futuro*, porque admite que o efeito desconstitutivo retroaja até a origem do ato inconstitucional, incida a partir do momento em que se consumou a decisão de inconstitucionalidade, ou advenha em um tempo futuro pré-fixado; f) geral e abstrato, porque o controle não se processa *in casu*, mas em tese²⁹³.

O Brasil ainda era colônia de Portugal quando o caso *Marbury vs. Madison* provocou o exercício de um controle judicial difuso de constitucionalidade. Após a proclamação da república, tomou conhecimento da criação do tribunal constitucional austríaco, em 1920. Não ignorava a tentativa de se criar na França o *jurie constitutionnaire*. A Áustria, pioneira na elaboração de um tribunal constitucional nos

²⁹² BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://goo.gl/iNM3or>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 11.

²⁹³ BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://goo.gl/iNM3or>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 13.

moldes atuais, já possuía em 1867 um tribunal Imperial com funções semelhantes ao de um tribunal constitucional, sendo possível afirmar a presença naquele país de uma cultura em torno da ideia de um tribunal especial. Contudo, foi apenas em 1920 que a Áustria propôs, a partir das ideias de Hans Kelsen, mentor da concepção de fiscalização de constitucionalidade²⁹⁴ um tribunal constitucional que entraria para a história como o início do controle concentrado de constitucionalidade²⁹⁵, denominado por alguns de modelo austríaco²⁹⁶. De acordo com o seu idealizador e posterior membro, Hans Kelsen²⁹⁷, o modelo austríaco de tribunal constitucional centralizava a revisão judicial da legislação a uma corte especial, chamada corte constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), com poderes para anular a lei ou parte dela, sob o argumento de inconstitucionalidade. Essa anulação poderia ser feita de forma direta ou indireta. Foi em razão das propostas teóricas de Hans Kelsen que a jurisdição constitucional assumiu a forma que possui atualmente entre os países europeus. Os tribunais constitucionais atuam em todos os casos que exijam aplicação da constituição, sendo que a totalidade das funções fundamentais a eles atribuíveis está alicerçada em duas premissas: a) constituição como *lex superior*; e b) necessidade de que a constituição contemple um tribunal constitucional e a ele atribua sua guarda. Com a conjugação desses dois fatores, o tribunal constitucional se firma como

²⁹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 67. Cf. FISCHER, Octavio Campos. CLÈVE, Clemerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro (resenha). **Sequência**, Florianópolis, jan. 1994, p. 91-94. Disponível em: <<https://goo.gl/SosGDS>>. Acesso em: 21 jul. 2018. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, abr./jun. 2010, p. 99-116. Disponível em: <<https://goo.gl/hpsxtz>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

²⁹⁵ KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal**: consequências jurídicas e sociais. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008. p. 33.

²⁹⁶ BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. p. 359.

²⁹⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês) Alexandre Krug (alemão). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 304-305.

órgão máximo de garantia da supremacia da constituição²⁹⁸. No modelo instituído pela constituição austríaca de 1920, apenas o tribunal constitucional poderia aferir a constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo do poder público, sendo esta a origem do controle concentrado de constitucionalidade em que a compatibilidade da lei com a constituição é aferida em tese pelo tribunal constitucional, sem vinculação imediata a qualquer caso concreto²⁹⁹.

Segundo Hans Kelsen, a maior diferença entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade se relaciona ao aspecto pelo qual uma lei é declarada inconstitucional pelo órgão competente. De acordo com a constituição dos Estados Unidos, o *judicial review* só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional, sendo que essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei a um caso concreto viola seus interesses porque é contrária a constituição³⁰⁰. Já no modelo europeu de controle de constitucionalidade, a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita em um processo que visa apenas à defesa da constituição, independentemente de um litígio entre as partes, sendo também conhecido como principal ou por via de ação, pois é exercitado por ações especiais, autônomas, inteiramente desvinculadas de qualquer caso concreto³⁰¹.

²⁹⁸ TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set. 2006, p. 19-47. Disponível em: <<https://goo.gl/7gD5iU>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 22.

²⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 44.

³⁰⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês) Alexandre Krug (alemão). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 311. KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal**: consequências jurídicas e sociais. Curitiba: Pontífica Universidade Católica do Paraná, 2008. p. 133.

³⁰¹ BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005. p. 432-434.

A principal intenção do modelo europeu é evitar a disparidade de decisões, como é possível ocorrer no modelo norte-americano, prejudicando a noção comum de segurança jurídica³⁰². Considerando que diante da ausência de uma disposição clara da constituição, todas as questões quanto ao efeito de uma lei inconstitucional podem receber respostas contraditórias, Hans Kelsen afirmava que uma das principais razões que levaram a Áustria a centralizar o controle de constitucionalidade e investir em uma corte constitucional legitimada para abolir uma lei inconstitucional de modo geral, e não apenas em casos concretos, foi justamente evitar a incerteza jurídica decorrente de múltiplas e variadas decisões³⁰³.

Nos países ligados à matriz jurídica romano-germânica, ausente o princípio do *stare decisis*, é possível que o exercício da jurisdição constitucional em sua modalidade difusa gere problemas do ponto de vista da segurança jurídica³⁰⁴. Nesses países, um juiz pode julgar inconstitucional uma determinada lei enquanto outro juiz, de opinião contrária, pode entendê-la absolutamente aplicável e compatível, ou adequada, à constituição. Na ausência de um sistema de vinculação, é possível que se formem tendências contrastantes entre órgãos judiciários de diversos graus, fato este que não se coaduna com a ideia de segurança jurídica³⁰⁵. Isso tudo sem falar na questão dos efeitos das decisões, limitadas às partes, o que impõe aos demais jurisdicionados a necessidade de proporem novas ações³⁰⁶. O *stare decisis* não está expressamente previsto na constituição dos Estados Unidos e nem mesmo em sua

³⁰² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta:** reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48.

³⁰³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Tradução de Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês) Alexandre Krug (alemão). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 311.

³⁰⁴ KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal:** consequências jurídicas e sociais. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008. p. 164.

³⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 41.

³⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 79.

legislação federal. Trata-se de construção jurisprudencial, consequência da *commom law*, com a finalidade de assegurar coerência e estabilidade nos julgamentos posteriores. Nos casos de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória. Nos casos de vinculação horizontal, os juízes estão vinculados aos precedentes de seus antecessores e somente podem deixar de aplicá-los caso optem por revogá-los de forma expressa (*overruling*)³⁰⁷.

Enquanto em alguns países o parâmetro do controle de constitucionalidade das leis realizado por tribunais constitucionais se limita ao texto constitucional, em outros se estende a diversos diplomas normativos, como é o caso, por exemplo, dos países que adotam o “bloco de constitucionalidade”, caso do Brasil, França e Espanha³⁰⁸. Em alguns países o parâmetro é restrito apenas a algumas poucas normas constitucionais, e não à sua integralidade, como na Bélgica. Também há tribunais constitucionais que apreciam apenas a constitucionalidade das leis, enquanto outros julgam, além de diplomas legais, decisões judiciais e outros atos administrativos. Ou seja, conquanto possuam um núcleo comum, os tribunais constitucionais ao redor do mundo possuem particularidades relacionadas ao meio em que se encontram inseridos³⁰⁹.

A despeito dessas particularidades, algumas características são comuns aos tribunais constitucionais. Em primeiro lugar, do ponto de vista das condições de existência, os tribunais constitucionais têm se desenvolvido melhor em países dotados de um sistema parlamentarista de governo, como acontece na Alemanha, Itália, Espanha e Bélgica, ou semiparlamentarista, caso da França, Áustria e Portugal, nos quais funciona um sistema de dualidade ou pluralidade de jurisdições (administrativa e judiciária, por exemplo), ainda do ponto de vista das condições de existência, os tribunais constitucionais pressupõem um monopólio do contencioso constitucional, o que significa que os juízes ordinários não podem conhecer da matéria constitucional. Os tribunais constitucionais são formados por indicação das autoridades políticas e afirmam o direito com autoridade de coisa julgada, de forma que seus

³⁰⁷ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008. p. 57.

³⁰⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58-59.

³⁰⁹ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 27.

pronunciamentos são sempre dotados de eficácia *erga omnes*. Por fim, esses tribunais constitucionais se encontram fora da organização jurisdicional, sendo este o fato que os distingue dos tribunais supremos, formando uma espécie de poder independente, cujo papel consiste em assegurar o respeito às normas constitucionais, enquanto que os tribunais supremos, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, encontram-se no cume de um edifício jurisdicional (daí o adjetivo supremo). Do ponto de vista da competência central comum, há um controle concentrado da constitucionalidade, pois não há jurisdição constitucional e, portanto, corte constitucional sem a competência central consistente no controle da constitucionalidade das leis, da submissão da vontade do parlamento à vontade da norma jurídica³¹⁰.

O Brasil assenta suas raízes jurídicas no modelo romano-germânico, de matriz fortemente positivista (na aceção de criação de normas jurídicas pelo Poder Legislativo), o que fica evidente em seu amplo e numeroso conjunto de leis, as quais se somadas (leis federais, estaduais e municipais) passam facilmente da casa do milhão. Concomitantemente, adota um plano jurídico hierarquizado, conforme modelo apresentado por Hans Kelsen, em que a constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico, exigindo-se que as normas jurídicas infraconstitucionais, para ter validade, necessitam encontrar o seu fundamento de validade no texto constitucional. Ao lado do escalonamento normativo, as constituições brasileiras, sempre foram do tipo rígida, isto é, exigem para a modificação de seu texto, um processo legislativo mais complexo, solene e com uma maioria de votos superior àquela exigida para a aprovação de uma lei ordinária³¹¹. Desta forma,

³¹⁰ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 27-33. Cf. KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal: consequências jurídicas e sociais**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008.

³¹¹ VARELA, Thiago Ragonha. A evolução do controle de normas no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, 2002, p. 165-178. Disponível em: <<https://goo.gl/cYqdDY>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 166. Cf. MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, out./dez. 2013, p. 189-210. Disponível em: <<https://goo.gl/4f77t1>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

combinando o escalonamento normativo e a rigidez constitucional, torna-se possível a realização do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a proteger a obra constituinte de eventuais maiorias legislativas que intentem transformar o texto constitucional sem a devida obediência aos procedimentos estabelecidos pela própria constituição.

A primeira constituição brasileira, outorgada por D. Pedro I, em 25/03/1824, de forte tradição liberal, adotou uma monarquia constitucional religiosamente vinculada à religião católica, além de um modelo tetrapartido de separação dos poderes, inspirado na obra de Benjamin Constant³¹², objetivando amenizar os excessos conhecidos da revolução francesa. A assembleia constituinte de 1823, convocada pelo príncipe regente antes de proclamada a independência do Brasil, era formada por delegados das províncias e instalou-se a 03/05/1823. Incidentes entre brasileiros e portugueses fez com que o imperador dissolvesse a assembleia em 12/11/1823, criando um conselho de estado com a finalidade de elaborar um novo projeto de constituição, mas devido a perturbações em vários pontos do país, o imperador resolveu outorgar a primeira constituição brasileira no dia 25/03/1824³¹³.

O artigo 13 da constituição do império delegou o Poder Legislativo à assembleia geral, com a sanção do imperador, ao passo que o artigo 15, VIII, afirmava ser atribuição da assembleia geral fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, sendo complementado pelo inciso IX, do mesmo artigo, o qual preceituava ser também competência da assembleia geral velar pela guarda da constituição e promover o bem geral do nação. A partir dos dispositivos mencionados, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade das leis, no período do Brasil imperial, era atribuição do Poder Legislativo, a quem competia a interpretação das leis (interpretação autêntica) e mesmo aprovar leis irrazoáveis, como se deu no caso da antecipação da maioria de Pedro de Alcântara (futuro D. Pedro II), no ano de 1840. Ocorre que o exercício do Poder Moderador, espécie de freio às incursões parlamentares nas áreas governamentais, desencadeou a inoperância do controle legislativo de constitucionalidade e promoveu certa promiscuidade entre o legislador ordinário e o constituinte, apesar da expressa previsão (arts. 174 a 178 da constituição

³¹² Cf. CONSTANT, Benjamin. **Curso de política constitucional**. Tradução de Marcial Antonio Lopez. Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820.

³¹³ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <<https://goo.gl/bDVkoc>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

do Império) de procedimento mais rigoroso para a emenda à constituição (procedimento que só ocorreu uma vez, no ano de 1834)³¹⁴.

Fortemente influenciada pelo liberalismo francês e inglês, a constituição de 1824 praticamente desconsiderou a então recente tradição constitucionalista norte-americana, especialmente em relação ao controle jurisdicional de constitucionalidade, o que levou Osvaldo Aranha Bandeira de Melo a afirmar que o Brasil ignorou o controle de constitucionalidade judiciário, mesmo conhecendo-o, os governantes brasileiros não lhe tinham afeição alguma³¹⁵. De um modelo legislativo de controle de constitucionalidade fortemente impactado pela adoção do Poder Moderador, que não contribuía para a independência nem do Poder Legislativo e nem do Poder Judiciário, o Brasil foi lentamente nutrindo um sentimento de aproximação com os ideais republicanos dos Estados Unidos, a partir da elite das forças armadas (especialmente após a vitória na Guerra do Paraguai) e em certos setores da burocracia e do meio empresarial. Com a promulgação da Lei Áurea, os fracos laços institucionais que sustentavam a monarquia se desfizeram e oportunizaram que os militares, com apoio de segmentos da Sociedade civil, proclamassem a república e adotassem um modelo de estado semelhante aquele existente nos Estados Unidos (democracia, república, presidencialismo, federalismo, separação dos poderes e controle jurisdicional de constitucionalidade). O movimento republicano caracterizou-se como um movimento elitista, que não contava com o apoio ou mesmo o conhecimento popular. O próprio ato de proclamação da República, ocorrido em 15/11/1889, dá-se dentro do quartel general militar, atual campo de Sant'Ana, na cidade do Rio de Janeiro. Proclamada a república, é convocada a assembleia constituinte para 15/11/1890, sendo fixado em 63 o número dos Senadores, sendo três para cada estado e três para o distrito federal, e em 205 o número de deputados. Rompido o liame político com a monarquia, os republicanos buscam no referencial norte-americano o aparato político-jurídico para a formação de um novo estado, conforme se depreende da denominação atribuída ao Brasil a partir de então: *Estados Unidos do Brazil*, com a adoção de um modelo de controle de constitucionalidade assemelhado ao existente nos

³¹⁴ SLAIB FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, 2002, p. 284-319. Disponível em: <<https://goo.gl/Z4ehcz>>. Acesso em: 22 jul. 2018. p. 289.

³¹⁵ MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das consituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1997. p. 148.

Estados Unidos, no qual se atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para a revisão das decisões dos tribunais de justiça estaduais, quando violadas leis federais ou tratados em face da constituição³¹⁶.

A constituição republicana de 1891, teve como grande articulador o jurista baiano Rui Barbosa, que circulava pelos corredores do Congresso Nacional com um exemplar da constituição norte-americana embaixo do braço e ressaltava as vantagens do modelo constitucional daquele país, dentre os quais o *judicial review*, como instrumento de proteção dos valores constitucionais, com a adoção de um modelo *difuso* de controle de constitucionalidade, típico da *common law*, autorizando o magistrado a exercer a mais ampla cognição jurisdicional. A tradição amalgamada durante o império, de aversão dos juízes ao modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, levou Rui Barbosa a incluir na Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal, no art. 13, § 10, a disposição de que os *juízes obedecerão à constituição e às leis, nesta ordem*. Ainda assim a empresa de Rui Barbosa não foi bem-sucedida, pois os juízes recusavam tal controle sobre os outros poderes da república. A república velha conservou o mérito de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o modelo do controle jurisdicional de constitucionalidade, com amparo na tradição norte-americana, mas referido controle foi muito restrito, quase inexistente, não só pela formação privatística dos magistrados, acostumados à *civil law*, como pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem aos tribunais a plena efetividade de tais funções. Enquanto nos Estados Unidos o *judicial review* se deu a partir de uma construção jurídica da Suprema Corte daquele país, mesmo sem expressa previsão constitucional, no Brasil o controle de constitucionalidade se deu por previsão expressa do texto constitucional, consubstanciando em verdadeira outorga de atribuição do Poder Legislativo ao Judiciário para que exercitasse referida tarefa com os recursos técnicos e jurídicos próprios desse poder³¹⁷.

Uma série de perturbações políticas levaram ao fim do primeiro período republicano brasileiro, com a conseqüente elaboração de um novo texto constitucional, desta sorte inspirado fortemente no modelo

³¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1035.

³¹⁷ SLAIB FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, 2002, p. 284-319. Disponível em: <<https://goo.gl/Z4ehcz>>. Acesso em: 22 jul. 2018. p. 287.

instituído pela constituição de Weimar, de 1919, sem descurar a importância teórica da constituição do México de 1917 e da Soviética de 1918. No dia 03/10/1930, irrompeu, em vários pontos do país, um movimento revolucionário, que se alastrou rapidamente por todo o território nacional, dirigido pelos governadores dos estados de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, e com o apoio do governador da Paraíba, das oposições de diversos estados e de grande número de oficiais do exército e da marinha, que haviam tomado parte nos movimentos revolucionários de 1922 e 1924. Solidárias com esse movimento, as forças armadas depuseram o então presidente da república, Washington Luís Pereira de Souza, assumindo a direção do país a junta governativa integrada pelos generais Tasso Fragoso, Mena Barreto e o contra-almirante Isaías de Noronha. No salão de honra do Palácio do Catete, realizou-se a 03/11/1930, a transmissão do governo da república pela junta governativa a Getúlio Vargas, que prometeu um panorama renovado da política para o Brasil, com a elaboração de uma nova constituição, projeto este que foi adiado o máximo possível por Getúlio Vargas, até que a Revolução Constitucionalista de 1932 exigiu a elaboração do texto constitucional. Apesar de ser a mais efêmeras das constituições brasileiras, pode-se dizer que suas inovações foram duradouras, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis. A constituição de 1934 afastou-se do modelo norte-americano e se aproximou dos modelos parlamentaristas europeus, com a adoção da representação interventiva, estabelecendo as bases de um controle de constitucionalidade concentrado.

Segundo o deputado constituinte Nilo de Alvarenga, enquanto nos Estados Unidos a tarefa de verificar a compatibilidade das leis e atos normativos à constituição compete a justiça comum, ocorre um controle falho, imperfeito e incompleto, já que as decisões possuem eficácia apenas entre as partes e aplica-se exclusivamente ao caso *sub judice*, e a lei anulada para o litigante, continua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade, razão pela qual entendeu-se imprescindível criar uma jurisdição constitucional, com um tribunal constitucional, para a missão de anular leis e atos inconstitucionais, com eficácia *erga omnes*³¹⁸. Acredita-se que a proposta tenha sido formulada com base na conferência a respeito da natureza e desenvolvimento da jurisdição estatal, a partir da revisão de registros administrativos pelos tribunais ordinários, realizada

³¹⁸ BRASIL. **Annaes da Assembleia Nacional Constituinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935. p. 514, v. 3.

entre professores de direito do estado alemão, ocorrida em Viena, nos dias 23 e 24 de abril de 1928, contando com a presença, dentre outros, de Hans Kelsen³¹⁹.

Apesar do significativo avanço nas questões relativas ao controle concentrado de constitucionalidade, a constituição de 1934 foi a mais breve de todas as constituições brasileiras (16/07/1934 a 10/11/1937). Mas pode-se afirmar que seu legado foi duradouro. Sob a justificativa de atender as aspirações do povo brasileiro em relação à paz política e social, supostamente perturbada por fatores de desordem, resultado de dissídios partidários e notória propaganda demagógica, com o risco de iminência da guerra civil, assim como por um estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista (Plano Cohen), o então presidente da república Getúlio Vargas, por meio de um golpe de estado, fechou o Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, nomeou interventores para os estados-membros e outorgou ao Brasil uma nova constituição, apropriada ao regime instalado, elaborada por Francisco Campos, então Ministro da Justiça, inspirada na *Carta del lavoro*, do regime fascista de Benito Mussolini, na Itália e pelo texto constitucional polonês de abril de 1935.

Com a imposição de texto constitucional de inspiração autoritária, verificou-se um revés no desenvolvimento do modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, mais precisamente com a revogação dos mecanismos de controle de constitucionalidade concentrado pelo Supremo Tribunal Federal e com a subordinação do Poder Judiciário ao Poder Executivo. A constituição de 1937 assemelha-se, em muito, à famosa expressão de Ferdinand Lassale, *folha de papel*³²⁰, pois apesar dos esforços para lhe fazer democrática, nunca chegou sequer a possuir validade jurídica, posto que o artigo 187 condiciona sua vigência a um plebiscito nacional que nunca ocorreu. Ainda assim, sua suposta vigência foi anunciada pelas rádios de todo país. A leitura da constituição outorgada em 1937 deixa perplexo o leitor, porque não reflete a realidade, em razão das muitas contradições que apresenta.

³¹⁹ Cf. TRIEPEL, Heinriech *et al.* **Wesen und entwicklung der staatsgerichtsbarkeit**: überprüfung von verwaltungsakten durch die ordentlichen gerichte. Berlin: Gruyter, 1929.

³²⁰ LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998. p. 20.

O período 1937-1946 traz poucos elementos para a compreensão dos mecanismos de controle de constitucionalidade, mas, com as devidas cautelas, pode ser realizada uma aproximação com o modelo apresentado por Carl Schmitt no famoso debate com Hans Kelsen, quando propõe que o controle de constitucionalidade das leis deva ser tarefa do chefe do Poder Executivo, no caso brasileiro, o presidente da república. Findo o Estado Novo, o Brasil se vê mais uma vez as voltas com a necessidade de elaborar um texto político condizente com a realidade democrática. Para alcançar este desiderato, utilizou-se como ponto de partida as constituições de 1891 e 1934, o que permitiu retomar o mecanismo do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 101, I, k), consistente em representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

A constituição de 1946 pode ser considerada a base normativa do modelo misto ou brasileiro de controle de constitucionalidade, no qual os mecanismos próprios do *judicial review* norte-americano convivem juridicamente com mecanismos comuns aos tribunais constitucionais europeus. A possibilidade de o Procurador-Geral da República buscar originariamente no Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, com eficácia *erga omnes*, juntamente com a possibilidade reconhecida a qualquer magistrado para, em um caso *sub judice*, deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, colocou o Brasil em uma posição singular no cenário internacional no que diz respeito ao tema do controle de constitucionalidade, sujeito a eventuais críticas, mas também a uma série de encômios.

A constituição de 1946 se viu superada por outro golpe de estado, liderado pelos militares, mas com apoio em diversos segmentos da Sociedade civil. A ideia de uma transição breve do poder se viu interrompida por diversos movimentos contrários a tomada de poder pelos militares. Uma série de fatores, complexos e quase infinitos³²¹ fizeram com que os militares encaminhassem ao Congresso Nacional, em dezembro de 1966, um projeto de constituição, supostamente elaborado

³²¹ Cf. GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Cf. GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Cf. GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Cf. GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

por uma comissão de notáveis, o qual foi aprovado em janeiro do ano seguinte, mas com vigência a partir de 15/03/1967, dando azo a uma espécie de *vacatio constitutionis*.

Para elaborar a Carta Política de 1967 foi nomeada comissão para redigir o projeto básico, sobre o qual trabalharia o Congresso Nacional, assim que o recebesse das mãos do presidente da república, podendo os constituintes modificá-lo em parte, no todo, ou mesmo, se o quisessem, rejeitá-lo. Nesta última hipótese, a rejeição do projeto significaria o repúdio à elaboração dessa nova carta. Ao contrário, a aprovação, até o prazo fixado pelos militares, significaria a anuência dos congressistas em adotá-lo. Em 1937, um só jurista, Francisco Campos, auxiliado por seu então secretário, o jovem bacharel em direito Carlos Medeiros Silva “o aprendiz de feiticeiro”, elaborou a Carta de 1937, que o ditador Getúlio Vargas outorgou ao país. Em 1967, trinta anos depois, Carlos Medeiros Silva, agora consagrado jurista e Ministro da Justiça, cuida da elaboração do projeto de constituição, redige-o e consulta grandes autoridades da época, Brandão Cavalcanti, Seabra Fagundes (que recusou o convite), Orosimbo Nonato e Levi Carneiro. A Comissão dá sua tarefa por concluída em 19/08/1966 e entrega o projeto ao governo, que o envia ao Congresso Nacional em 12/12/1966. Submetido à apreciação de uma comissão mista, formada por deputados e senadores, foi a plenário e aprovado no dia 21/01/1967, quando foi *promulgada* a sexta constituição brasileira, com vigência cinquenta dias depois, a partir de 15 de março do mesmo ano, composta de 189 artigos.

No que se refere ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, a constituição de 1967, editada durante a vigência de regime militar autoritário, não apresentou significativas modificações em relação ao que já havia de base constitucional em relação ao controle de constitucionalidade³²². Manteve as disposições acerca do controle difuso de constitucionalidade, de forma muito semelhante ao que havia sido disposto na Emenda Constitucional n. 16, de 1965 (em relação a constituição de 1946) e manteve como competência originária do Supremo Tribunal Federal processar e julgar representação do

³²² DELLORE, Luiz Guilherme. **Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 275.

Procurador-Geral da República em decorrência de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 114, I, I)³²³.

Com o fim do regime militar em 1985³²⁴, a constituição de 1967 foi emendada no sentido de admitir a realização de eleições diretas para presidente da república e convocar uma assembleia constituinte. Apesar das variadas críticas que se pode fazer ao processo constituinte de 1987-1988³²⁵, o Brasil teve promulgada, em 05/10/1988 a sua sétima e atual constituição. A constituição de 1988 trouxe significativas modificações no modelo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando o rol de legitimados a propor o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103, CRFB), quando comparada à constituição anterior, assim como criou a ação declaratória de constitucionalidade (Emenda à Constituição n. 3/1993³²⁶) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CRFB). A regulamentação legislativa desses procedimentos (leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999) podem ser mencionadas como exemplos das alterações experimentadas neste tema após 1988. Também se reconhece que o texto constitucional alargou substancialmente os direitos fundamentais e a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, especialmente com a previsão das garantias constitucionais que

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 949-951.

³²⁴ ROCHA, Leonel Severo da. A especificidade simbólica do direito pós-revolução de 1964. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997 p. 82. Durante o período ditatorial havia um direito constitucional não constitucional, na medida em que as constituições do período se tornaram mera retórica, porque conviviam com os Atos Institucionais, que se sobrepunham a elas. A constitucionalidade das leis, como princípio jurídico, foi colocada à prova, já que o autoritarismo caracterizou um cenário marcado pela politização do direito.

³²⁵ Cf. ARAUJO, Cicero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o poder constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88. p. 327-380. Disponível em: <<https://goo.gl/1cUvQk>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

³²⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993**. (Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição). Disponível em: <<https://goo.gl/8B3HQ9>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

visam assegurar o exercício dos novos direitos eventualmente não assegurados no plano fático dos cidadãos.

Além das modificações constitucionais e legislativas a respeito do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, há que se registrar a profunda mudança experimentada pelo direito constitucional nos últimos trinta anos. De disciplina secundária nos cursos de graduação em direito, passou a ocupar um papel central na vida política, social e jurídica brasileira. Diversas obras jurídicas foram escritas nos últimos anos, com as mais diversas abordagens, promovendo e afirmando a constitucionalização do direito pátrio, com reflexo inclusive na legislação infraconstitucional, como se deu no caso do Código Civil, Código de Processo Civil e demais diplomas jurídicos aprovados após a constituição de 1988 e inegavelmente sujeitos aos seus princípios, regras e valores. Uma série de questões promoveram um maior acesso ao Poder Judiciário, com uma conseqüente e danosa judicialização do cotidiano, uma verdadeira explosão de demandas reprimidas por décadas chegaram a um Poder Judiciário ainda marcado pela morosidade, burocracia e afeito a formalismos ultrapassados. A ampliação da educação para a cidadania, com a divulgação de direitos constitucionalmente assegurados, fez com que parcela considerável da população tivesse conhecimento de direitos básicos e procurasse, por meio de reivindicações sociais ou coletivas, a implementação das promessas constitucionais.

Os percalços da trajetória democrática também colaboraram para que as esperanças alicerçadas na Constituição de 1988 fossem objeto de amplos debates populares. Não foram anos tranquilos. Crises econômicas, políticas, sociais e institucionais exigiram da Sociedade brasileira um reforço de vinculação constitucional. Não se pode ainda dizer que as dificuldades já se esvaem nas memórias de um passado remoto. Pelo contrário, a força do texto constitucional é produzida no cotidiano, no exercício e respeito dos direitos fundamentais, seja em sua eficácia vertical e horizontal. Os trinta anos da Constituição de 1988, representam um breve intervalo de tempo para a formação de uma Sociedade politicamente vinculada ao instrumento constitucional e socialmente consciente dos direitos assegurados em 1988. Muitos desses direitos foram ampliados ou mesmo reduzidos por decisões do Supremo Tribunal Federal. A ampliação das competências deste tribunal e a forma como seus ministros exercitam essas atribuições, revela séria preocupação quanto ao futuro da Constituição de 1988. O breve histórico acima delineado indica que a tradição brasileira de pouca afeição aos textos constitucionais e uma incompreensível vinculação ao espírito da

autoridade e não à autoridade da constituição. Aqui reside, entre outros aspectos, o *leitmotiv* da presente pesquisa, ou seja, propor mecanismos de constrangimento popular e democrático em relação às ações do Supremo Tribunal Federal, especialmente em matéria de controle concentrado de constitucionalidade das leis, de forma a ampliar a legitimidade democrática dos sentidos possíveis das normas constitucionais e reforçar a noção de cidadania como elemento consolidador da força constitucional.

O Supremo Tribunal Federal esteve no centro de diversas crises políticas nos últimos anos. Os mais variados temas políticos e jurídicos, cruciais para o desenvolvimento regular da Sociedade brasileira, foram objeto de apreciação jurisdicional pelo tribunal, que em algum momento decidiu, adiou ou moldou de alguma forma o tema sob análise do tribunal. Por isso que já a algum tempo se vislumbra a construção de uma juristocracia no Brasil, ou um supremo tribunal individual³²⁷. A questão exige atenção dos teóricos constitucionais, dedicação e mais pesquisas, de modo a revelar e compreender os elementos que produziram essa realidade, que não é exclusiva do Brasil, mas aqui se revela de maneira mais enfática. As considerações feitas aqui buscam situar o leitor nos deslocamentos históricos experimentados no Brasil em relação ao controle de constitucionalidade e será complementado a seguir, quando se fará uma exposição do constitucionalismo em voga atualmente no Brasil.

³²⁷ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, abr. 2018, p. 13-32. Disponível em: <<https://goo.gl/EDrSfQ>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

6. O NOVO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O período posterior a promulgação da Constituição de 1988 é de grandes transformações no Brasil. A ampliação do rol de direitos fundamentais, muitos dependentes de legislação ordinária para serem usufruídos pela população³²⁸, a inércia do Poder Legislativo na regulamentação desses direitos, a falta de representatividade do Congresso Nacional, os inúmeros escândalos de corrupção, entre outros fatores, levaram a população a buscar o Poder Judiciário para obter acesso a direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Todos esses elementos moldaram o modelo constitucional praticado no Brasil, que será apresentado a seguir.

O constitucionalismo nasceu sob a forma de estado de direito, embalado pela homogeneidade do Poder Legislativo e pela baixa complexidade e caráter seletivo da intervenção do Poder Executivo na vida econômica e social. Embora as constituições existissem com o propósito de limitar o poder, a sua interpretação e construção ficava a cargo das maiorias políticas. Sob o domínio da igualdade formal, a democracia se esgotava na regra majoritária e representativa, não admitindo a possibilidade de que as decisões legislativas pudessem ser efetivamente limitadas por uma instância não eleita, período em que predominava a supremacia parlamentar³²⁹. A ideia central do constitucionalismo está relacionada à existência de uma constituição como documento jurídico que estabelece a estrutura básica do estado, os direitos fundamentais e limita o exercício do poder, consolidando os princípios que estabelecem a forma como uma determinada Sociedade decide viver. Em um ambiente democrático, no qual os cidadãos têm o poder de definir seus próprios rumos, surge a discussão que questiona o papel popular na definição do sentido da constituição. Diante de possíveis

³²⁸ MIGALHAS. **Informativo 4.408.** Disponível em: <<https://goo.gl/eqSXjT>>. Acesso em: 31 jul. 2018. De acordo com levantamento realizado pelo informativo Migalhas, “119 dispositivos de nossa balzaquiana Constituição ainda padecem de regulamentação”.

³²⁹ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 2-3.

dissensos a respeito do significado das normas constitucionais, uma série de teorias debatem a respeito da relação entre constitucionalismo e democracia, para identificar quem deveria proferir a última palavra constitucional, se os tribunais constitucionais, o Poder Legislativo ou o povo diretamente³³⁰. O constitucionalismo é responsável pela formulação de uma base estrutural sobre a qual descansa a legitimidade da autoridade política em uma democracia, entrando em cena como o mecanismo para edificar a estrutura necessária para a criação de tal autoridade legítima, o que inclui uma especificação institucional, como a separação de poderes, para evitar a usurpação e uso abusivo do poder. Entretanto, como característica mais marcante, estabelece as regras fundamentais que incorporam os princípios básicos que governam a comunidade política e garantem seus direitos individuais³³¹.

O constitucionalismo possui variadas e distintas acepções: a) conjunto de mecanismos normativos e institucionais de um sistema jurídico-político que organiza os poderes do estado e protege os direitos fundamentais; b) tipo ideal para refletir sobre a realidade histórica de uma nação e trazer à luz elementos da experiência política, especialmente aqueles ligados à instrumentos e técnicas de limitação do exercício do poder político; c) oposição a governo, sendo que nesta acepção, ocorre uma vinculação com a distinção existente entre direito, império das leis, e poder, governo dos homens. O constitucionalismo é um movimento político-ideológico que procura criar mecanismos para a limitação do

³³⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 37.

³³¹ SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, jul. 2016, p. 371-455. Disponível em: <<https://goo.gl/LeNq37>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 381. No original em inglês: “*Constitutionalism enters the picture as the mechanism for constructing the framework for such legitimate authority. To be sure, constitutionalism includes an institutional specification, such as separation of powers, to prevent the usurpation of power. But more importantly, constitutionalism lays down the fundamental laws and rules that incorporate the basic principles of justice that govern the political community and secure individual rights*”.

exercício do poder político. Limitação essa que se caracteriza e se define na ideia de império da lei, em contraposição a uma vontade política soberana daquele que eventualmente exerce o poder político³³².

Entretanto, a contemporaneidade revelou um novo fenômeno, o da judicialização, o qual aponta que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas representativas tradicionais, tais como o Poder Legislativo e o Poder Executivo. A judicialização envolve uma transferência de poder para os magistrados e tribunais, com alterações significativas na linguagem, argumentação e modo de participação da Sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas, sendo que algumas delas expressam uma tendência mundial, enquanto outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro³³³.

No que diz respeito à relação entre os poderes constituídos, pode-se verificar um certo protagonismo, ou expansionismo, desempenhado pelo Poder Judiciário, particularmente pelo seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. Também não se desconhece que o papel de defensor dos interesses das minorias pelos tribunais provoca tensões entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, que manifesta esse protagonismo sob duas vertentes que, embora próximas, possuem traços e características distintas: a judicialização da política e o ativismo judicial³³⁴.

³³² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. p. 246-258. Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 42.

³³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012, p. 15-21. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 24. Cf. MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no estado democrático de direito. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, jun. 2012, p. 113-132. Disponível em: <<https://goo.gl/ky9SLZ>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

³³⁴ MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração

A expressão judicialização da política foi utilizada pela primeira vez em um seminário realizado no Centro de Estudos do Poder Judiciário de Bolonha, em 1992, a partir da apresentação de *papers* sobre o tema. A publicação desses estudos se deu sob a organização de C. Neal Tate, Tobjörn Vallinder e James Westheider³³⁵, quando a palavra judicialização entrou definitivamente para a literatura especializada³³⁶. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma transferência de poder para os órgãos judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no ocidente³³⁷.

O fenômeno da judicialização da política decorre de alguns fatores: a) dirigismo constitucional; b) surgimento dos tribunais constitucionais na Europa; c) aumento da litigiosidade; d) crescimento do acesso à justiça; e) crise da democracia. A excessiva judicialização que assola as democracias contemporâneas pode ser observada por um viés social e um político, pois emerge de um contexto social de exigência de direitos, e de um arranjo político de desídia na implementação desses direitos fora da jurisdição. Já o ativismo judicial é produzido exclusivamente pelo sistema jurisdicional, referindo-se a um problema propriamente do direito, na medida em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento. Essa leitura pode ser feita a partir da obra Antoine Garapon, que considera o ativismo uma questão de obediência a

para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, out./dez. 2013, p. 189-210. Disponível em: <<https://goo.gl/4f77t1>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 190.

³³⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn; WESTHEIDER, James. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. Cf. especialmente o capítulo 1, *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*.

³³⁶ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária. Brasília: UnB, 1999. p. 21.

³³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 68.

desejos³³⁸. O ativismo judicial decorre da postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade³³⁹.

A participação mais efetiva do Poder Judiciário, no sentido de tornar efetiva as cláusulas constitucionais, comumente designada como ativismo judicial estaria associada a uma participação ampla e intensa deste poder do estado na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. A postura ativista se manifestaria por meio da aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, pela imposição de condutas ou de abstenções ao demais poderes em matéria de políticas públicas e, finalmente, pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo Poder Legislativo, com base em critérios menos rígidos que os de clara e ostensiva violação da constituição³⁴⁰.

Favorável ao ativismo judicial, Inocêncio Mártires Coelho afirma que o juiz é a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional e, a partir desse ideia, conclui que o ativismo judicial não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a imemorial criação judicial do direito³⁴¹. Sob um viés mais crítico, Elival da Silva Ramos compreende por ativismo judicial o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, pelo qual,

³³⁸ Cf. GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardador de promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³³⁹ TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constituionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, jul./dez. 2012, p. 31-46. Disponível em: <<https://goo.gl/3vcx4d>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 40-41.

³⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012, p. 15-21. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 26.

³⁴¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, n. 2, 2015. p. 3-22. Disponível em: <<https://goo.gl/Lh8o5i>>. Acesso em 19 ago. 2018. p. 3.

institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)³⁴². Saul Tourinho Leal, mesmo destacando que há dificuldade em se fixar critérios objetivos para uma conceituação sobre a expressão ativismo judicial, a associa com a ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão pela qual adverte, chamar-se de ativista um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional³⁴³.

Ao contrário do que acredita Inocêncio Mártires Coelho, o ativismo praticado atualmente no Brasil preocupa e gera receios. Primeiro pela dimensão (expansionismo jurisdicional) e segundo pela natureza do conteúdo criado pelos magistrados e tribunais. Quando afirma que os adversários da criação judicial do direito não precisam recear a instauração de um indesejável governo dos juízes que, a ser perigoso, o será em qualquer direção, pois se algum poder ainda se faz temido e, por isso deve ser controlado, não é o poder do juiz democrático, mas o do monarca despótico. Hoje, como ontem, o Poder Judiciário continua a ser o mais neutro dos poderes, e os juízes, os menos perigosos dos agentes políticos, porque não dispõem nem da bolsa nem da espada para ameaçar a liberdade dos cidadãos³⁴⁴. Provavelmente há um hiato entre as

³⁴² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.

³⁴³ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou ativez**: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24.

³⁴⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: EdUnB, 1984. p. 576. COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, n. 2, 2015. p. 3-22. Disponível em: < <https://goo.gl/Lh8o5i> >. Acesso em 19 ago. 2018. p. 4-5. O Federalista é o título dado a uma série de oitenta e cinco artigos colacionados por Alexander Hamilton e publicados em dois volumes no ano de 1788. Desses oitenta e cinco artigos, setenta e sete deles foram originalmente publicados no *The Independent Journal* de Nova Iorque, entre 17 de outubro de 1787 e 12 de abril de 1788, com vista a apresentar argumentos favoráveis à ratificação da Constituição Americana. Os artigos publicados nesse jornal, eram assinados anonimamente por um cidadão de Nova Iorque, sendo posteriormente assinados com o codinome Publius. FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set.

observações do autor e a realidade. Na mesma linha, Luís Roberto Barroso afirma que, a depender do cenário, em virtude das diversas circunstâncias que podem engessar o processo político majoritário, cumpre ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria. Afirma ainda que a premissa subjacente ao seu raciocínio é relativamente fácil de enunciar, posto que a política majoritária, normalmente conduzida por representantes eleitos, é um componente vital da democracia. Para além desse formalismo, a democracia também possui uma dimensão substantiva, que envolve a proteção dos valores e direitos fundamentais. Às dimensões formal e substantiva soma-se a dimensão deliberativa, com base no debate público, argumentativo e persuasivo³⁴⁵. Ambos buscam caracterizar a legitimidade democrática dos tribunais, sem evidente respaldo na constituição.

M. J. C. Vile assegura que os seres humanos são complexos demais para aceitar como válida uma premissa dogmática por muito tempo, de modo que reivindicam valores diversos, ainda que contraditórios com os antigos. E todo sistema de governo que pretenda atender a essas demandas deve buscar conciliar os antigos procedimentos e estruturas com as novas possibilidades³⁴⁶. A ideia básica é a de que toda trajetória histórica da teoria de separação dos poderes e das teorias constitucionais relacionadas a ela indica que as funções do estado e os procedimentos empregados para exercer essas funções não podem estar nem totalmente separados nem

1996, p. 175-196. Disponível em: <<https://goo.gl/3LHxKy>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 183.

³⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 2015, p. 24-51. Disponível em: <<https://goo.gl/rwSJR0>>. Acesso em: 29 maio 2018. p. 24. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

³⁴⁶ VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 383-384. VILE, M. C. J. **Constitutionalism and separation of power**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 302. No original em inglês: “*Human beings are much too complex to be dominated for long by one overriding consideration, they demand a number of satisfactions, usually potentially contradictory ones, if pursued to extremes. A system of government which is to meet these demands, which will respond to a variety of values and their functional and structural requirements, must attempt to reconcile the old structures and procedures with new ones*”.

completamente fundidos. Dessa forma seria possível chegar a um uso eficaz e controlado do poder do estado. O século XX redimensionou o modelo de separação de poderes, não apenas como uma necessidade de as funções básicas do estado estarem separadas entre diferentes órgãos, mas como colaboração forçada entre essas funções, a fim de que possa existir um controle efetivo de cada poder nas fronteiras de sua competência constitucional, dispondo de meios eficientes para impedir a usurpação dessas competências uns pelos outros. Não é outra a ideia defendida por Konrad Hesse, para quem constituição e realidade são interferências múltiplas que, quando combinadas, resultam no fenômeno da força normativa da constituição³⁴⁷. A separação de poderes ganha nova perspectiva, informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais³⁴⁸.

A partir da premissa estabelecida por Luís Roberto Barroso (em postura claramente diversa da que apresenta atualmente como ministro do Supremo Tribunal Federal), na qual reconhece existir uma proximidade na relação entre direito e política, mas com relativa autonomia, posto que o direito apresenta a ambiguidade de, ao mesmo tempo, ser e não ser política. Não é política porque sua validade não está condicionada a noção do que é correto e justo, nem à vontade de quem detém o poder, mas é política na medida em que sua criação é produto de uma vontade da maioria, manifestada na constituição e no corpo legislativo. Sua aplicação não é dissociada da realidade política e dos sentimentos e expectativas dos jurisdicionados. Juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade interfere nos juízos de valor que formulam³⁴⁹. Por isso que o ativismo judicial é um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance ou então uma postura que procura extrair o máximo das

³⁴⁷ Cf. HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

³⁴⁸ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília 2015. p. 70-71.

³⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012, p. 15-21. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 29.

potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do direito, sendo possível apontar como condutas ativistas a aplicação direta da constituição e a imposição de condutas ao poder público, de modo a caracterizar o ativismo judicial como uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes³⁵⁰.

O ativismo judicial evidencia importantes questões, já que é uma experiência não originária do contexto brasileiro, e sofre com a transposição equivocada de um conceito estrangeiro e a ausência da necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano. Por isso o ativismo judicial figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador. Em tempos de ativismo judicial desenfreado, instaura-se uma espécie de império da vontade julgadora, que deita suas raízes em um utilitarismo moral e na vontade de poder de quem o pratica. A violação à constituição é sempre uma ameaça à democracia. Muitos pensam a democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, do qual a coletividade se apropria. Mas democracia é uma relação instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, devendo ser analisada em uma perspectiva histórica e de lutas políticas. Não se pode admitir em um regime democrático que o Poder Judiciário utilize argumentos metajurídicos em suas razões de decidir. A decisão judicial precisa decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda do texto normativo. Ao inserir-se no modelo ativista, o Supremo Tribunal Federal, rompe as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é o guardião. Os argumentos metajurídicos utilizados não passam de uma tentativa moralizadora do direito. Ignora-se o fato de que o intérprete, ao atribuir sentido à norma, não está autorizado a dar o sentido que bem lhe convier, como se texto e norma possuíssem existências autônomas³⁵¹.

Entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, Luís Roberto Barroso acredita na possibilidade de concretização das normas

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa e LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, p. 52-61, 2015. p. 56.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa e LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, p. 52-61, 2015. p. 58-59.

constitucionais, na possibilidade de direito e política conviverem e se influenciarem reciprocamente, em uma interação complexa de sutilezas e variações. Não pode o intérprete fundar-se em elementos de pura razão e objetividade, nem resvalar para a discricionariedade e a subjetividade. Entre esses dois extremos, haveria um espaço no qual a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e legitimidade, que podem e devem ser controlados pela Sociedade. O modelo de estado que se consolidou no continente europeu compreende a constituição como um documento essencialmente (ou meramente) político, composto por normas não diretamente aplicáveis, que dependem de complementação pelo legislador ordinário. No estado constitucional de direito³⁵², a constituição passa a valer como norma jurídica, a possuir normatividade direta e imediata. A partir daí a constituição não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como também passa a estabelecer limites e referências para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal na interpretação final e vinculante das normas constitucionais³⁵³. A visão que prevalecente nas democracias parlamentares, é a de evitar um governo de juízes, reservando ao Poder Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo. Tal compreensão da separação dos poderes encontra-se em profunda crise na Europa continental. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês, de democracia ao estilo Westminster, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade³⁵⁴.

As causas não são as mesmas em cada país. A judicialização da política na Colômbia, por exemplo, envolveu a luta contra a corrupção e

³⁵² NUNES, Luiz Felipe e LEAL, Rogério Gesta. Ativismo e jurisdição constitucional: o papel da corte interamericana de direitos humanos na justiça de transição brasileira - verdade, memória e justiça. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, dez. 2016, p. 185-208. Disponível em: <<https://goo.gl/Nu6Ki2>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 195.

³⁵³ D'ÁVILA, Michelangelo Carvalho Nabuco. Efeito vinculante no direito constitucional brasileiro. **Revista da EJUSE**, Aracaju, 2014, p. 45-70. Disponível em: <<https://goo.gl/tKBk8N>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 48.

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 68.

mudança das práticas políticas, a contenção do abuso das autoridades governamentais, a proteção das minorias, a proteção das populações estigmatizadas e a interferência em políticas econômicas³⁵⁵. Diversas são as causas que podem ser indicadas para o surgimento desse fenômeno, tais como o reconhecimento da importância de um Poder Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade do Poder Legislativo em geral, a preferência de certos atores políticos para que o Poder Judiciário seja a instância decisória de questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na Sociedade, a constitucionalização abrangente e analítica, considerando-se que constitucionalizar é retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis e, por fim, o próprio modelo de controle de constitucionalidade vigente, com seu amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas no controle concentrado de constitucionalidade, e mesmo nos recursos extraordinário. No Brasil a judicialização decorre, sobretudo, em decorrência do modelo de constitucionalização abrangente e analítico adotado e do modelo de controle de constitucionalidade, que combina a matriz norte-americana com a europeia, é uma circunstância do desenho institucional vigente e não uma opção política do Poder Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão (cf. art. 140, CPC, segundo o qual o juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna ou

³⁵⁵ Cf. YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risk. **International Journal on Human Rights**, São Paulo, 2007, p. 49-65. Disponível em: <<https://goo.gl/Xz8dUz>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 50. No original em inglês: “*This being the case, Colombia has, over the past two decades, witnessed some important forms of judicialization of politics in numerous fields, but perhaps the most significant have been the following: (a) the struggle against political corruption and for the overhaul of political practices; (b) curtailing the abuse of government authority, in particular the ‘state of emergency’, or what in Colombia is called a ‘state of exception’; (c) protecting minority groups and individual autonomy; (d) protecting stigmatized populations or those in situations of manifest weakness and, last but by no means least, (e) the management of economic policy, in virtue of the judicial protection of social rights. I shall now briefly describe each of these elements of judicialization of Colombian politics*”.

obscuridade do ordenamento jurídico, conhecido como vedação ao *non liquet*³⁵⁶). Todavia, o modo como exercem essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial³⁵⁷.

A expressão ativismo judicial foi cunhada nos Estados Unidos e utilizada como rótulo para estigmatizar a jurisprudência progressista da Corte Warren (1953-1969), que promoveu uma série de transformações efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão assumiu uma conotação negativa, equiparada a um exercício impróprio do Poder Judiciário. O ativismo judicial precedeu a criação da expressão e, nas suas origens, era essencialmente conservador. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Enquanto a judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional, o ativismo judicial é uma atitude, um comportamento, que consiste na escolha de um modo específico de interpretar a constituição, expandindo seu sentido e alcance. Costuma se instalar em situações de retração do Poder Legislativo, quando há um certo descolamento entre a classe política e a Sociedade, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva pela legislação ordinária. Compete aos poderes constituídos interpretar a constituição e pautar sua atuação com base nela, mas em caso de divergência, a palavra final é atribuída pela própria constituição ao Poder Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida por um tribunal³⁵⁸.

³⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://goo.gl/RXJgCb>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

³⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 71.

³⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 75.

Decisões ativistas devem ser eventuais e empregadas em momentos históricos determinados. Não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem um Poder Legislativo atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Poder Legislativo para o Poder Judiciário foi o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal³⁵⁹, no qual se deu muito mais visibilidade ao processo judicial do que ao processo legislativo que resultou na elaboração da lei. A judicialização permite que discussões de largo alcance político e moral sejam apresentadas sob a forma de ações judiciais. O ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, um modo expansivo de interpretar a constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele se revela inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo judicial, envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir determinadas matérias. Ainda assim, para alguns teóricos do constitucionalismo, o ativismo judicial é considerado parte da solução, e não do problema³⁶⁰.

No contexto posterior a segunda guerra mundial surgiu o que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo³⁶¹, movimento que busca promover a inclusão de cláusulas gerais nos diplomas constitucionais de modo a permitir uma maior abertura a valores morais, políticos, ideológicos e econômicos na aplicação do direito pelo Poder Judiciário em situações concretas. Uadi Lammêgo Bulos denomina o constitucionalismo contemporâneo de neoconstitucionalismo, marcado pela existência de constituições escritas, amplas, analíticas e extensas, que se apresenta em duas acepções distintas, como modelo de estado de direito, fundamentado na força vinculante da constituição e na supremacia

³⁵⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Supremo Tribunal Federal n. ADI 3.510. Rel. Ayres Britto 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/K6WPGX>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 32.

³⁶¹ O termo neoconstitucionalismo se aplica apenas as realidades constitucionais italiana, espanhola e brasileira, tendo como referencial CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

constitucional, com eficácia e aplicabilidade integral e imediata de seu texto, impedindo o reconhecimento de lacunas sujeitas à discricionariedade legislativa, ou então como nova teoria do direito, na qual se busca a valorização dos princípios e valores, ao invés das regras, mais ponderação e menos subsunção, mais judicialização dos conflitos, ao invés de aguardar o Poder Legislativo cumprir seu papel³⁶².

Destaque-se, desde já, que o termo *neo* (novo) mais confundo do que auxilia na compreensão deste movimento constitucional. De fato, o neoconstitucionalismo resgata valores que haviam deixado de influir no direito já há algum tempo, retomando categorias como justiça, moral, ideologia entre outros, de modo a exigir do direito algo que não lhe é intrínseco, mas que depende de uma série de fatores que variam conforme os desejos que existem em Sociedade, e que deformam o direito de tal maneira que torna possível que cada juiz, em situações concretas, possa criar direito novo sem ater-se as barreiras existentes na norma jurídica elaborada pelos poderes competentes e vinculadas ao texto constitucional. O neoconstitucionalismo não tem nada de novo, apenas o nome.

O neoconstitucionalismo alavancou o Poder Judiciário à condição de protagonista da democracia, pois aproximou os países de sistema romano-germânico ao processo de criação jurisprudencial do direito característico dos países no qual impera o sistema da *commom law*, viabilizando o cenário adequado para interpretações jurisdicionais construtivistas, substitutivas da vontade legal pela vontade judicial, em uma espécie de exercício de um poder constituinte permanente³⁶³. A origem do termo neoconstitucionalismo está associada a vários representantes da escola genovesa, que a introduziram com um objetivo claramente crítico e desqualificador, para referir-se a uma concepção de direito contrária ao positivismo jurídico por eles encampado. As vezes utiliza-se o termo para fazer referência a um determinado fenômeno, como mudanças em sistemas jurídicos, existência de constituições com certas características, outras vezes como teoria do direito, ou ainda como modo de interpretação constitucional. O prefixo *neo* só faz aumentar a

³⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

³⁶³ DIAS JUNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. p. 69.

confusão, transmitindo uma corrupção da língua, baseada na falsa impressão de que aumentar uma palavra é uma forma de adicionar-lhe sofisticação ou profundidade ao seu significado³⁶⁴. Segundo Daniel Sarmiento, o termo neoconstitucionalismo surgiu no debate espanhol e italiano³⁶⁵, importado para o Brasil após uma coletânea editada por Miguel Carbonell³⁶⁶. Assumindo que o constitucionalismo segue uma tendência mundial, o movimento brasileiro caracteriza-se pelo papel desempenhado pelo Poder Judiciário na solução de controvérsias sociais e políticas, compreendendo a atuação dos magistrados de dois modos: como judicialização da política ou ativismo judicial, ou ainda uma combinação de ambos. Assim é que a política, considerada como um fator externo de incidência eventual no âmbito jurídico, dá azo a posicionamentos diametralmente opostos, deixando de ser elemento irradiador para a formação do conteúdo constitucional e passa a ser utilizada como argumento corretivo do direito³⁶⁷.

Sob uma óptica teórica, identifica-se o neoconstitucionalismo com um novo método de análise do direito, que procura se afastar das concepções racionalistas do positivismo jurídico. Sob um prisma pragmático, pretende se caracterizar como uma nova teoria geral, que dirige seu foco para as transformações empíricas decorrentes da

³⁶⁴ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório de Jurisdição Constitucional**, Brasília, vol. 7, n. 2. p. 1-24. Disponível em: <<https://goo.gl/HWTcLh>>. Acesso em: 31 jan. 2018. p. 2-3. Cf. COSTA E SILVA, Paulo Maycon. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, vol. 16, n. 1. p. 171-189. Disponível em: <<https://goo.gl/cKUULf>>. Acesso em: 31 jan. 2018. Cf. TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Pietro Sanchís e Garcia Amado. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, vol. 10, n. 2. p. 406-430. Disponível em: <<https://goo.gl/bZC1Cr>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

³⁶⁵ Cf. SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³⁶⁶ Cf. CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa e LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, p. 52-61, 2015. p. 53.

constitucionalização do ordenamento jurídico³⁶⁸. Há também o constitucionalismo do futuro, assentado na esperança do aperfeiçoamento de um conjunto de ideias avaliadas ao longo do tempo, com a perspectiva de tempos melhores em uma etapa vindoura da evolução humana, com a reavaliação profunda do primado da segurança jurídica³⁶⁹. Seis valores marcarão presença nas constituições do porvir: a) verdade, as constituições não mais conterão promessas impossíveis; b) solidariedade, aproximação com uma nova ideia de igualdade, fundamentada na solidariedade dos povos; c) continuidade, ponderação e equilíbrio nas reformas constitucionais; d) participatividade, com o povo sendo convocado a participar de forma ativa, integral, equilibrada e responsável nos negócios do estado; e) integracionalidade, entre os planos interno e externo; f) universalidade, com especial atenção aos direitos fundamentais internacionais³⁷⁰. Apesar da multiplicidade de posicionamentos, é possível identificar um núcleo comum às teses do neoconstitucionalismo: a) pretendem-se pós-positivistas (no sentido de se contrapor e superar o positivismo); b) resgatam o papel dos princípios na interpretação do direito; c) reconciliam direito e moral; d) afirmam o protagonismo judicial, com significativa ampliação das capacidades interpretativas do julgador, com base na discricionariedade jurisdicional³⁷¹.

Paralelamente ao desenvolvimento do neoconstitucionalismo no Brasil, é possível verificar que nas últimas décadas, especialmente no Supremo Tribunal Federal, reverberaram os fenômenos da judicialização da política, a politização do Poder Judiciário e o ativismo judicial, interferindo significativamente na remodelação de desenho institucional

³⁶⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 21.

³⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61-62.

³⁷⁰ DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero. **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación BBV, 1997. p. 107-116.

³⁷¹ TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre; jul./dez. 2012, p. 31-46. Disponível em: <<https://goo.gl/3vcx4d>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 35-38.

brasileiro proposto pela Constituição de 1988³⁷². Esse papel de destaque na formação da vontade política nacional decorre de uma série de fatores sociais, políticos e jurídicos todos relacionados, em maior ou menor grau, com as disposições constantes do texto constitucional, que permitiu o alargamento significativo do papel do Poder Judiciário no cotidiano das demandas sociais e políticas, aproximando cada vez mais o direito da moral. A ascensão judicial é o ponto central do neoconstitucionalismo brasileiro³⁷³.

No Brasil, o neoconstitucionalismo, identifica uma série de transformações ocorridas no estado e no direito constitucional nas últimas décadas, tendo como marco filosófico o pós-positivismo, como marco histórico a formação do estado constitucional de direito, após a segunda guerra mundial (no Brasil este marco histórico se transfere para o período pós-1988), e como marco teórico novas práticas e percepções, tais como a força normativa da constituição, a principiologia constitucional, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional. O neoconstitucionalismo procura apresentar um caráter descritivo de uma realidade transformada, mas conserva uma dimensão normativa. Pretende não apenas descrever o direito atual, mas desejá-lo, a partir do esvaziamento do direito tradicional, que sai de sua zona de conforto, que é a conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter como função a promoção de novos direitos. A politização do Poder Judiciário é um fenômeno mundial, conectado ao final da segunda guerra mundial, quando o mundo se deu conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é importante fator à preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado para se transformar em um

³⁷² BOTELHO, Alexandre. Supremo Tribunal Federal como órgão moral máximo do ordenamento jurídico brasileiro. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; DAL RI JR., Arno; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Direito, Estado e Constituição**: homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo. Florianópolis: Insular, 2018 p. 51-62.

³⁷³ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 2.

verdadeiro poder político³⁷⁴. Para Lenio Streck a judicialização é um fenômeno contingencial, inerente ao contexto brasileiro, ao passo que o ativismo configura um desvirtuamento na atuação do Poder Judiciário, ao extrapolar suas funções constitucionais. Um tribunal é ativista quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais dos magistrados. A judicialização é um fenômeno que ocorre a partir da relação entre os poderes do estado³⁷⁵.

Cabe à constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais, com a determinação de metas políticas e valores fundamentais, denotando o caráter compromissório da constituição, de observância obrigatória pelas futuras gerações, admitido apenas pequenos espaços de penetração na pauta político-axiológica não salvaguardadas pelas opções constitucionais³⁷⁶. A corrente procedimentalista, oriunda da escola alemã, que possui em Jürgen Habermas seu principal teórico, sustenta que cabe à constituição tão somente assegurar o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas, posto que nenhuma geração pode impor suas próprias convicções às gerações futuras³⁷⁷.

O fato de que governos das mais diversas colorações ideológicas, em todos os cantos do mundo, procurem se identificar com o princípio democrático, é prova de que o compromisso com a democracia é um componente indispensável da legitimidade política. É muito difícil para os governantes se oporem abertamente à democracia. Podem acatar as

³⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 2015, p. 24-51. Disponível em: <<https://goo.gl/rwSJRo>>. Acesso em: 29 maio 2018. p. 28.

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 589.

³⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Diálogo Jurídico**, Salvador, jan./mar 2007, p. 1-31. Disponível em: <<https://goo.gl/QmpWwD>>. Acesso em: 22 maio 2018. p. 7. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁷⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 24-25.

deturpações ou desvios da democracia, ou afirmar que determinado sistema de representação democrática é injusto. Podem discutir a respeito do significado da democracia e das instituições que ela exige. Podem até defender a tese de que seu país ainda não está preparado para a democracia, reconhecendo-lhe a legitimidade no mesmo momento em que se esquivam dela. No mundo contemporâneo, a aprovação à ideia de democracia é praticamente inegociável³⁷⁸. Há muito espaço para o aprimoramento do desenho institucional em vigor e até para a proposição de modelos alternativos, inclusive com o objetivo de conter o decisionismo judicial e incrementar ou recuperar a capacidade de intervenção efetiva do Poder Legislativo na orientação política. Apesar disso, é preciso ter cuidado para não teorizar sobre nuvens, denunciando violações a um modelo de democracia e de separação dos poderes que não mais existe e provavelmente não pode mais existir. Longe de constituir uma peculiaridade nacional ou limitada, o ativismo judicial é observado em países que apresentam as mais diversas tradições jurídicas e arranjos sociais. Essa unidade na diversidade parece apontar para a emergência de um novo modelo de estado, associado a Sociedades cada vez mais complexas e à consolidação de premissas teóricas como o princípio democrático, em uma versão que não se reduz à regra majoritária³⁷⁹.

Gustavo Zagrebelsky procura identificar o fato de que a convivência entre os muitos conteúdos constitucionais, potencialmente contraditórios, deve ser definida por um processo político permanente. A necessária coexistência desse conteúdo é o núcleo rígido de uma constituição pluralista³⁸⁰. Um sistema institucional complexo, que se pretende democrático e que atribui esse qualificativo às decisões por ele produzidas, deve estar sujeito a uma obrigação de fundamentação,

³⁷⁸ SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 245. A respeito dos níveis de democracia no mundo, a revista *The Economist* elaborou quadro comparativo que pode ser analisado no seguinte endereço: <https://goo.gl/NY1ipo>.

³⁷⁹ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 3.

³⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 109 e seguintes.

exposto à crítica pública e à possibilidade de revisão permanente. Perde força a ideia de que o Poder Legislativo seria capaz de exercer uma orientação completa e exauriente da vida política e social, de que a política é obrigada a traduzir suas pretensões em argumentos do catálogo mais ou menos definido de razões públicas e de que o Poder Judiciário se legitima como participante do processo deliberativo por manejar esse conjunto de argumentos. Por isso que se diz que os elementos característicos do neoconstitucionalismo convergem para uma participação mais ativa do Poder Judiciário nas escolhas políticas, notadamente por meio da interpretação de enunciados normativos de textura aberta. Isso desperta questionamentos sobre um possível esvaziamento da democracia, que pressupõe o autogoverno dos indivíduos, diretamente ou por meio de representantes eleitos³⁸¹.

A democracia originária da antiguidade clássica³⁸², se incorporou à tradição política a partir das revoluções liberais que marcam o advento do constitucionalismo. A superação do absolutismo se deu pela afirmação da igualdade formal de todos os membros do povo, que reclamam para si o direito de constituir uma determinada ordem política, sob a inspiração jusnaturalista de base racional-iluminista, cujas premissas centrais foram positivadas nas constituições. A responsabilidade de preservar tais premissas foi conferida ao Poder Legislativo, idealizado como intérprete autorizado da razão burguesa vitoriosa³⁸³. Quanto ao Poder Judiciário, a visão teórica que procurava negar à sua atividade qualquer conteúdo decisório foi substituída por elaborações mais sofisticadas e realistas. O próprio positivismo normativista de Hans Kelsen reconhecia a dimensão criativa inerente à jurisdição³⁸⁴. A constituição não pretendeu,

³⁸¹ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 4.

³⁸² BOTELHO, Alexandre. **Curso de ciência política**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. p. 211.

³⁸³ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 39.

³⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366-368. O direito a ser aplicado forma uma espécie de moldura, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro desta moldura,

empregando uma ideia tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, fazer que a sorte de uma lei votada pelo Poder Legislativo dependesse da boa vontade de um tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder, não desejado pela constituição do ponto de vista político, do Poder Legislativo para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem naquele ramo do poder, a constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, evitar o emprego desse tipo de categoria de cláusulas abertas, própria da moral, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível³⁸⁵.

No aspecto jurídico, antes das revoluções liberais, o arbítrio dos monarcas absolutistas era expresso em leis por eles postas, as ordenações reinóis e nos costumes e tradições que as mantinham, razão pela qual havia a necessidade de superar os costumes existentes e as leis dos soberanos por uma constituição, que vem ao mundo com a vocação natural de ser rígida, para prevalecer sobre o direito positivo. Essa vocação superlativa é atendida pela sujeição da reforma constitucional a um processo legislativo mais solene, moroso e dificultoso do que aquele estabelecido para a aprovação das leis ordinárias. Com exceção da Inglaterra, cujos aspectos evolucionários são singulares, a necessidade de tamanha prevalência do documento constitucional foi comum à primeira época do liberalismo, mas não se arrefeceu com a evolução social das constituições liberais, pelo contrário, cresceu na mesma medida em que se ampliou o intervencionismo do estado. Como de nada ou muito pouco adianta a rigidez se há ausência de meios eficazes a assegurá-la, logo surgiu a necessidade de controlar a constitucionalidade da produção normativa ordinária, de modo que a jurisdição constitucional se relaciona intrinsecamente ao fato de escrever uma constituição, sendo própria e imanente ao constitucionalismo. Se as constituições liberais foram escritas com as tintas da liberdade individual, a partir desse momento passou a agregar a noção de controle de constitucionalidade, como

que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. A questão é saber qual, dentre as possibilidades que se apresentam dentro da moldura, é a correta. Assim, a opção por qualquer dos sentidos contidos dentro da moldura, é um ato de vontade, uma função voluntária.

³⁸⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês) Alexandre Krug (alemão). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 169-170.

garantia dessa mesma liberdade. Essa sinonímia estará presente no princípio histórico e lógico do constitucionalismo³⁸⁶.

A predominância do Poder Legislativo nas decisões políticas nunca deixou de ser um discurso forte. Nem se defende que isso deva mudar radicalmente, uma vez que o fundamento dessa visão é a ideia de que os parlamentos (ainda) são a instância mais representativa da Sociedade como um todo. Mais até do que um Poder Executivo cujo chefe seja eleito de forma direta, uma vez que este representa um projeto majoritário de poder, sem representação formal das minorias. Nesse sentido, a arena política, especialmente o Poder Legislativo, apresenta-se como fórum natural e privilegiado do autogoverno, espaço em que a autonomia moral dos indivíduos se manifesta em sua dimensão pública³⁸⁷.

Magistrados são agentes públicos, mas não são eleitos. Quando invalidam atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo ou lhes impõem deveres de atuação, desempenham um papel inequivocamente político. A possibilidade de órgãos judiciais sobrepor suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional é denominado dificuldade contramajoritária³⁸⁸. Questões polêmicas dificultam a tomada de decisão no espaço político institucionalizado e operam verdadeira inoperância legislativa. Com o aparecimento de normas com cláusulas abertas e indeterminadas, surge o *locus* ideal para o aparecimento do juiz legislador. É certo de que também não há interesse na manutenção de um juiz débil e confinado aos conflitos privados, que

³⁸⁶ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 590.

³⁸⁷ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 7.

³⁸⁸ Cf. BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 12.

poderia conduzir a um Poder Legislativo e um Poder Executivo sem controle, com o poder concentrado nos grupos políticos dominantes³⁸⁹.

Antoine Garapon trata o Poder Judiciário como um guardador de promessas, posto que na atualidade nada mais escapa ao controle do juiz. Consequência da descrença na lei, na ampliação da dimensão interpretativa do direito, no esvaziamento do conceito de democracia, no desaparecimento do homem democrático e na fragilização da concepção de soberania estatal. A lei é compreendida como produto da tecnocracia que deve ser concluído pelo magistrado, convidado a socorrer a democracia, transformando o Poder Judiciário em espaço de exigibilidade da democracia. Na democracia o valor justiça é objeto de sentimentos confusos, dela tudo se espera e quase nada lhe é autorizado. Esse conjunto de fatores promove a atividade jurisdicional, mas não se traduz em mudança na titularidade da soberania, mas sim uma evolução da ação política, uma substituição da legislação pela jurisdição, no sentido de que o direito passa a se definir pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação do Poder Judiciário. A atuação jurisdicional é acentuada de tal forma, que os juízes chegam a assumir uma espécie de autoridade clerical, quase paternal³⁹⁰. A noção de ativismo judicial e de governo dos juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se árbitro da moral e dos bons costumes, do certo e do errado, do justo e do injusto. Associa-se a decisão judicial a um desejo de vontade daquele que julga. O ativismo judicial tem início quando, entre várias soluções possíveis (moldura de Hans Kelsen³⁹¹), a escolha do juiz é

³⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 53-55.

³⁹⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, nov. 2000, p. 183-202. Disponível em: <<https://goo.gl/t6jL54>>. Acesso em: 19 ago. 2015. p. 188.

³⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366. O direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dessa moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por interpretação se entende a fixação do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve

dependente de um desejo de acelerar ou travar as mudanças sociais, transformando a Sociedade em refém de seus desejos³⁹².

Por outro lado, a judicialização da política revela que certos assuntos, tradicionalmente solucionados através de canais políticos, e considerados pertencentes à democracia política, começam a ser decididos cada vez mais por juízes, ou pelo menos se tornam mais dependentes de decisões judiciais, o que significa que questões políticas passam a ser formuladas em termos legais e judiciais no âmbito da jurisdição constitucional. Esta definição é descritiva e representa apenas uma mudança nas fronteiras tradicionais entre os sistemas judiciais e políticos nas Sociedades democráticas, na medida em que as etapas processuais e a tomada de decisão para certos assuntos foram transferidas da arena política para a jurisdicional³⁹³.

necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do tribunal. Dizer que uma sentença é fundada na lei, não significa senão que ela se contém dentro da moldura que a lei representa - não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

³⁹² GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardador de promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

³⁹³ YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risk. **International Journal on Human Rights**, São Paulo, 2007, p. 49-65. Disponível em: <<https://goo.gl/Xz8dUz>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 49-50. No original em inglês: “*I understand very explicitly the term “judicialization of politics” to mean the fact that certain matters that were traditionally decided through political channels, and that were considered belonging to political democracy, begin to be decided increasingly more so by judges, or at least become far more dependent on judicial decisions, meaning that, in turn, many social actors begin to formulate their demands in legal and judicial terms. Obviously, this definition is purely descriptive and merely represents a shift in the traditional boundaries between the judicial and political systems in democratic societies, insofar as the procedural steps and the decision-making for certain matters have been transferred from the political to the judicial arena*”.

Com a judicialização, questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, de modo a promover uma transferência de poder para os tribunais, com alterações significativas na linguagem, argumentação e modo de participação da Sociedade. O Poder Judiciário deixa de ser um departamento técnico-especializado e se transforma em poder político, em confronto com os outros poderes. A constitucionalização abrangente trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político ordinário. Constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito. Na medida em que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma potencialmente em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Nesse cenário, qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser apresentada perante o Supremo Tribunal Federal³⁹⁴.

A expansão do poder dos tribunais é consequência de diversas características do desenvolvimento histórico de instituições nacionais e internacionais. A judicialização da política contribuiu significativamente para o surgimento de um padrão de interação entre poderes que não é necessariamente danoso à democracia, que se constituiu em uma espécie de pressuposto da expansão judicial, de forma que a transformação da jurisdição constitucional pode ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre quando os tribunais são chamados a se pronunciar nos lugares em que o funcionamento do Poder Legislativo e do Poder Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios, promovendo uma aproximação entre direito e política³⁹⁵.

Mas não se deve esquecer que o juiz só deve agir em nome da constituição e das leis, e não por vontade política própria, que deve respeitar as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, observando a presunção de validade e constitucionalidade das normas editadas pelo Poder Legislativo. Juízes não podem ser populistas. Eventualmente terão

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 25.

³⁹⁵ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, jun. 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/1m4CAC>>. Acesso em: 15 jul. 2018. p. 2.

que atuar de modo contramajoritário, conservando e promovendo direitos fundamentais, mesmo contra a vontade de maiorias políticas eventuais, como condição de funcionamento do constitucionalismo. A intervenção do Poder Judiciário, nas hipóteses de omissão legislativa ou invalidação de lei inconstitucional, deve se dar a favor e não contra a democracia. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais, a palavra final é do Poder Judiciário, mas essa primazia não significa que toda e qualquer matéria deva ser decidida por um tribunal, muito menos legítima a arrogância jurisdicional. Os riscos da politização da jurisdição não podem ser totalmente eliminados, por isso a constituição é o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, política em direito³⁹⁶. Essa conexão confere à interpretação constitucional uma dimensão política, sem olvidar que também se constitui em tarefa jurídica, sujeita aos princípios da racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais. Um tribunal constitucional somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos e autorizados pelo ordenamento jurídico³⁹⁷.

A jurisdição constitucional apresenta algumas vantagens sob o ponto de vista da legitimação discursiva, por se encontrar submetida a exigência da imparcialidade (ao menos em tese), que não pode ser exigida de agentes políticos. Acomodações estratégicas de interesse não fazem parte da sua lógica normal de atuação, estando sujeita a um dever de fundamentação (art. 93, IX, CRFB³⁹⁸), expondo-se à crítica pública. Também é um dos poderes do estado relativamente desprovido de recursos políticos, de modo que situar a palavra final no Poder Judiciário não reforça a produção de um equilíbrio deliberativo. A realização dessas condições deve ser controlada no interior do próprio processo deliberativo. O papel da jurisdição constitucional depende de vários

³⁹⁶ RADIN, Rodrigo André; LUCAS, Julio Cesar Silva. A jurisdição constitucional frente à judicialização da política e ou politização do judiciário. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, nov. 2008, p. 7736-7761. Disponível em: <<https://goo.gl/8ZtESV>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 7737.

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 7.

³⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Constituição). Disponível em: <<https://goo.gl/yuBwAV>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

fatores, podendo oscilar entre períodos de maior ativismo ou restrição. O equilíbrio deliberativo é dinâmico. Mesmo nos momentos de maior prestígio, a jurisdição constitucional nunca pode ter a pretensão de ser a dona do processo deliberativo, fechando-se ao diálogo com as demais instâncias de poder e da própria Sociedade³⁹⁹.

A constitucionalização do ordenamento jurídico provocou uma profunda alteração no modo de relacionar os diversos ramos do direito brasileiro com a realidade social e processual. Atualmente é praticamente impossível encontrar uma demanda judicial em que a constituição não seja invocada. Mas não é só nos tribunais que este fenômeno se desenrola. Nos debates parlamentares, nas reivindicações da Sociedade civil e até mesmo na rotina dos tecnocratas, o discurso constitucional está, em alguma medida, presente. Constitucionalizar significa retirar a decisão do alcance da maioria, daí porque se tudo for constitucionalizado, o povo ou seus representantes não poderá mais decidir coisa alguma. A constitucionalização do direito também provoca uma certa anarquia metodológica, já que a base do direito constitucional é composta por normas vagas e abstratas e a irradiação destas normas, quando feita pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e controláveis, pode comprometer uma série de valores muito caros ao estado democrático de direito. A constituição é pródiga na consagração de valores substantivos, não se satisfaz apenas em traçar as regras do jogo democrático, nem se limita a estabelecer as condições necessárias para tornar a democracia possível⁴⁰⁰. Compreensíveis as razões que levaram à adoção deste modelo constitucional inflacionado. As forças políticas constituintes desejavam assegurar seus interesses e, conhecedoras das dificuldades políticas, não confiavam no legislador futuro, nem tampouco em como os tribunais interpretariam o quadro principiológico delineado, que necessitava de precisão, clareza, se necessário, minúcia, de forma a assegurar o direito ou interesse por que lutavam, por isso se diz que a constituição se tornou

³⁹⁹ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 32.

⁴⁰⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Fundamentação, jurisdição e direitos fundamentais: um estudo de caso. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, jul./dez. 2013, p. 511-532. Disponível em: <<https://goo.gl/qncPkJ>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 512.

onipresente, está em todos os lugares, que se fez ubíqua⁴⁰¹. A constitucionalização é um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito, que passam a demandar a observância dos cidadãos e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional submetida ao texto constitucional, sendo compreendida como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica nas mais diversas relações jurídicas, é mais que critério hermenêutico formal, constitui a etapa mais importante da transformação paradigmática porque passou o direito, na transição do estado liberal para o estado social, quando o proprietário dá lugar ao ser humano⁴⁰².

Não há estado constitucional sem controle de constitucionalidade e há uma preocupação política e até mesmo ideológica, caso ocorra uma ruptura, falha ou falta desse mecanismo, com a consequência inevitável, ainda que tardia, isto é, de que o estado constitucional redunde em um engodo do modelo jurídico de civilização ocidental, na medida em que proporcionou a conversão do estado de direito em estado legal, quando a lei se reduz ao papel de mero instrumento político e, nessa condição, não se legitima por seu conteúdo, mas por ser expressão da vontade política do povo. É nesse sentido superficial que se diz que os estados são unanimemente, e o mais das vezes verbalmente, democráticos⁴⁰³. Essa situação evidencia a urgência em assegurar ao estado constitucional verdadeiro conteúdo de estado democrático de direito, deslocando essa

⁴⁰¹ SARMENTO, Daniel Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 84.

⁴⁰² LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/4RL7fs>>. Acesso em: 16 jul. 2018. p. 106.

⁴⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 1987, p. 11-17. Disponível em: <<https://goo.gl/Css3g9>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

expressão de suas origens liberais e ideológicas⁴⁰⁴, de modo a assegurar uma democracia efetiva⁴⁰⁵.

Enquanto a democracia defende a ideia de um governo do povo, por meio do predomínio da vontade da maioria, o constitucionalismo propõe uma limitação jurídica do exercício do poder, qualquer poder, inclusive o democrático, criando barreiras para o exercício da soberania, seja ela monárquica, aristocrática, judicial, parlamentar ou popular. Tratam-se de dois ideais que possuem origens em visões políticas não convergentes, ao passo que o ideário democrático confia no poder exercido pelo povo, o constitucionalismo tradicional busca promover a contenção jurídica do poder, em favor da liberdade dos governados. A democracia aposta na vontade das maiorias, o constitucionalismo desconfia dela, preocupado com a ditadura das maiorias. No estado democrático de direito, democracia e constitucionalismo são valores complementares e interdependentes, mas a correta dosagem desses ingredientes é essencial para o seu sucesso. Constitucionalismo em demasia pode sufocar a vontade popular e frustrar a autonomia política da Sociedade. Uma democracia sem limites pode colocar em risco os direitos fundamentais das minorias⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./jun. 206, p. 9-25. Disponível em: <<https://goo.gl/ZsJ7nT>>. Acesso em: 22 jul. 2018. p. 10. No original em espanhol: “*El Estado de Derecho, como proceso histórico y construcción racional, es (significa, representa) la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con aquel se trata de convertir en ‘legalidad’ (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la ‘legitimidad’ democrática. Los modos de esa específica interacción entre legalidad y legitimidad han ido variando en la historia de la modernidad, desde un núcleo común fundamental, en la medida también en que ambas han ido avanzando en la consecución de un mayor apoyo fáctico social, es decir en ‘legitimación’*”. Cf. DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedade democrática**. Madrid: Editorial Taurus, 2010.

⁴⁰⁵ BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 589.

⁴⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel

Usualmente, quando se fala em democracia, a primeira concepção que se faz desta categoria é a de um governo da maioria, um regime de governo no qual as decisões são tomadas pela maioria numérica daquele conjunto de pessoas que integram a comunidade política, denominada povo. Em que pese a regra majoritária ser considerada fundamental no regime democrático, não é suficiente para garantir decisões adequadas, uma vez que o princípio majoritário não assegura igualdade política, representando, no mais das vezes a vontade somada dos vencedores, mas não necessariamente o interesse de todos. A questão, aqui, está em saber se o procedimento democrático é capaz de assegurar um resultado adequado para todos, e não apenas para a maioria. Não por outro motivo que nos estados constitucionais, o governo da maioria deve respeitar os direitos das minorias, elevados à categoria de direitos fundamentais⁴⁰⁷.

A constituição é expressão da soberania popular e, por isso mesmo, não haveria obstáculo democrático à imposição pela própria constituição de limites ao legislador ordinário, com a promoção do entrenchamento constitucional de determinados assuntos, dificultando significativamente sua alteração futura. Neste raciocínio, se parte de uma pressuposição, a de que existe um grande agente político, verdadeiro sujeito da história, denominado povo. O que está em debate não é saber se é democrático que o povo limite seu poder de deliberação futura através de pré-compromissos, mas examinar até que ponto é legítimo que uma determinada geração adote decisões vinculativas para outras gerações, em cenários significativamente diversos. Não se ignora a possibilidade de o entrenchamento poder se tornar profundamente antidemocrático na medida em que impõe limites injustificáveis para a deliberação política⁴⁰⁸. Parcela significativa das normas constitucionais está vazada em linguagem indeterminada, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade, moralidade. Pessoas razoáveis podem

(coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.

⁴⁰⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n. 1. Disponível em: <<http://goo.gl/JQOeXM>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 64.

⁴⁰⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44.

discordar, e frequentemente discordam, sobre o que significa aplicar normas com esta indeterminação semântica em um determinado caso. Inevitavelmente, o intérprete acaba participando da construção do sentido da norma. A banalização da interpretação constitucional provoca um efeito colateral prejudicial para o processo político democrático, criando uma confusão entre a política ordinária e a política extraordinária, isto é, aquela que envolve as propostas de mudanças mais profundas e significativas da estrutura social. Esta disfunção tem sido solucionada de uma maneira pouco republicana, com as maiorias necessárias para a governabilidade sendo conquistadas pelos governos através de fisiologismo. A banalização da interpretação constitucional influi negativamente sobre a democracia, porque quase sempre implica na constitucionalização de regras semanticamente densas, enquanto a filtragem constitucional do direito demanda o manuseio de princípios constitucionais abertos, que se expandem para todos os ramos da ordem jurídica, influenciando toda interpretação e aplicação das normas jurídicas⁴⁰⁹.

Mas como atualmente são os ministros dos tribunais constitucionais que dão a última palavra sobre a interpretação constitucional, e como eles, ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não são eleitos e nem respondem politicamente perante o povo, passou-se a falar, sobretudo no cenário norte-americano, na dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional. Ela vem do reconhecimento de que, ao afastar leis e outros atos dos poderes políticos como inconstitucionais, os magistrados realizam valorações e escolhas, que também carecem de legitimação democrática, em uma espécie de decisionismo travestido de politicamente correto. Os princípios constitucionais, por sua característica abstração, são colmatados livremente pelo julgador de plantão, que pode fazer quase tudo que desejar. Esta prática é profundamente danosa, porque permite que juízes não eleitos imponham suas preferências e valores aos jurisdicionados, ignorando as deliberações emanadas do Poder Legislativo, comprometendo a arquitetura da separação dos poderes, ao diluir a tênue fronteira entre a função jurisdicional e a função política. Substitui-se o

⁴⁰⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48.

governo da lei pelo governo dos juizes, a democracia pela aristocracia de toga⁴¹⁰.

A hiperconstitucionalização da vida contemporânea é consequência da desconfiança na democracia e não sua causa. Feita a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do Poder Judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isso contribuiu para o amesquinçamento do sistema representativo⁴¹¹. O tamanho do desafio constitucional, a delimitação, sempre imprecisa, entre o espaço do direito e espaço do político, do público e do privado, não é óbice suficiente à proposição de mecanismos que visem ampliar o alcance democrático do direito ou às soluções jurídicas da política. O alcance das questões políticas decididas pelos tribunais está a exigir um instrumental político e jurídico mais amplo, de forma a assegurar os direitos fundamentais das minorias e a restringir o espaço político das decisões judiciais. No próximo capítulo serão apresentadas algumas teorias constitucionais contemporâneas que pugnam, em maior ou menor grau, pela ampliação da legitimidade popular da jurisdição constitucional, propondo formas alternativas as existentes para estabelecer um contraponto ao cenário atual, de expansão inaudita do Poder Judiciário, de judicialização da política e politização do Poder Judiciário.

⁴¹⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43.

⁴¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-463. Disponível em: <<http://goo.gl/7sIL7h>>. Acesso em: 04 dez. 2015. p. 443.

7. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Peter Häberle introduziu a expressão Sociedade aberta dos intérpretes com a finalidade de desvelar novas possibilidades de hermenêutica constitucional, a qual passaria a ser objeto de interpretação de todos os participantes da Sociedade, retirando o privilégio hermenêutico de magistrados, legisladores e administradores públicos⁴¹². O Brasil parece experimentar um movimento inverso, ou seja, uma concentração da competência de interpretar a constituição nos órgãos do Poder Judiciário, especialmente no tribunal de cúpula, o Supremo Tribunal Federal. A adoção de constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais protegidos contra eventuais maiorias legislativas, resultou em um novo modo de interpretar e aplicar o direito. Isto, por sua vez, implicou em um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância desse poder nas decisões políticas do estado brasileiro, colocando essa questão no centro do debate jurídico e político atual⁴¹³. A arquitetura constitucional desenvolveu um ambiente político que viabilizou a participação do Poder Judiciário nos processos decisórios. Apesar da assimetria existente entre os poderes, os tribunais passaram a ocupar lugar estratégico no controle dos demais poderes⁴¹⁴.

O desempenho da jurisdição constitucional envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. No exercício do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pode invalidar atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ambos eleitos. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da constituição àquela que foi feita

⁴¹² Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁴¹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n. 1. Disponível em: <<http://goo.gl/JQOeXM>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 60.

⁴¹⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, nov. 2004, p. 115-126. Disponível em: <<http://goo.gl/5SEYSq>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 115.

por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incoerência no âmbito de um estado democrático, a teoria constitucional denomina dificuldade contramajoritária⁴¹⁵, que é verdadeira obsessão dos teóricos constitucionais norte-americanos, e seu enredo consiste na utilização de sistemas políticos dotados de controle de constitucionalidade, juízes não eleitos com poder de invalidar decisões emanadas do Poder Legislativo ou políticas determinadas pelo Poder Executivo, cujos membros são escolhidos por eleições populares. Além da falta de lastro democrático em sua investidura, frequentemente os magistrados baseiam seus juízos em normas constitucionais que, por sua ambiguidade e vagueza, provocam uma discordância razoável e sincera, assim como autorizam leituras diversas e demandam uma atuação criativa por parte do intérprete, impossibilitando uma vinculação direta e imediata entre decisão judicial e vontade popular. No desenho constitucional atual, o Poder Judiciário dispõe do monopólio da última palavra em matéria constitucional, pois suas decisões são proferidas em caráter definitivo⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Cf. BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press, 1986. Alexander Bickel foi um dos primeiros a levantar o debate acerca da legitimidade do *judicial review*. Em *The least dangerous branch* afirmou que o instituto representava uma anomalia no contexto político norte-americano, na medida em que representaria um poder exercido contra a maioria democrática popular (dificuldade contramajoritária), sem contudo afastar a necessidade do *judicial review* na garantia da democracia norte-americana, em virtude do isolamento político do Poder Judiciário e de suas características institucionais que o capacitam para defender valores fundamentais da sociedade. BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 174. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 2015, p. 24-51. Disponível em: <<https://goo.gl/rwSJRo>>. Acesso em: 29 maio 2018. p. 24-51, 2015, p. 36.

⁴¹⁶ RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Sobre juízes e políticos: repensando a dificuldade contramajoritária à luz do modelo de Georg Vanberg. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, 2014, p. 139-150. Disponível em: <<https://goo.gl/VTa3as>>. Acesso em:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional costuma estar assentada com base em dois fundamentos principais, o da proteção dos direitos fundamentais, que correspondem a um mínimo ético e à reserva de valores de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropeladas por deliberação política majoritária e o da proteção das regras do jogo democrático e dos canais de ampla participação política. A maior parte dos países do mundo confere ao Poder Judiciário o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se assim que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. Não se ignora também que nos países democráticos é recorrente o discurso acerca da crise da representação política⁴¹⁷. Um misto de ceticismo, indiferença, insatisfação e apatia assinala a relação da Sociedade com a categoria política na atualidade. Nada obstante, em qualquer estado democrático, a política continua sendo gênero de primeira necessidade. Mas acontece que as insuficiências da democracia representativa são por demais óbvias para serem ignoradas. A consequência inevitável é uma certa dificuldade de o sistema representativo expressar a vontade da população. O interesse pela dificuldade contramajoritária dos tribunais

17 jul. 2018. p. 140. Cf. LOPES, Ana Maria D'ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Sequência**, Florianópolis, jan. 2009, p. 43-60. Disponível em: <<https://goo.gl/TFW9Pc>>. Acesso em: 17 jul. 2018. Cf. CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, 2014, p. 218-227. Disponível em: <<https://goo.gl/C2tTLQ>>. Acesso em: 17 jul. 2018. Cf. OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, ago. 2014, p. 33-45. Disponível em: <<https://goo.gl/N1xxkB>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁴¹⁷ ARCHANJO, Daniela Resende. Representação política: um diálogo entre a prática e a teoria. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, fev. 2011, p. 65-83. Disponível em: <<https://goo.gl/w2z5YH>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 65-66.

constitucionais, começa a ser superado pelo interesse no déficit democrático da representação política⁴¹⁸.

A crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade do Poder Legislativo gerou, em diferentes partes do mundo⁴¹⁹, o fortalecimento do Poder Judiciário e, nos últimos anos, com particular notoriedade no Brasil. Curiosamente, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. A Sociedade parece se identificar mais com a toga do que com seus representantes políticos. A teoria constitucional ainda não elaborou analiticamente o tema, a despeito da constatação inevitável de que a democracia já não flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais⁴²⁰. O atual predomínio jurisdicional, não autoriza ignorar que o direito possui categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico específico, não acessível à generalidade das

⁴¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 2015, p. 24-51. Disponível em: <<https://goo.gl/rwSJRo>>. Acesso em: 29 maio 2018. p. 36. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da ESMEC**, Fortaleza, 2006, p. 13-100. Disponível em: <<http://goo.gl/pT8Zkb>>. Acesso em: 13 dez. 2015. p. 58. “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”.

⁴¹⁹ MIGUEL, Luis Felipe. Representação política em 3D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, fev. 2003, p. 123-140. Disponível em: <<https://goo.gl/p6wPXY>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 125.

⁴²⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 2015, p. 24-51. Disponível em: <<https://goo.gl/rwSJRo>>. Acesso em: 29 maio 2018. p. 38-39.

pessoas⁴²¹. Uma das consequências desse processo é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem e não têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Por outro lado, a transferência do debate público para o Poder Judiciário promove uma excessiva politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deveria ser presidido pela razão. Quando não estão em jogo direitos fundamentais ou procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas feitas pelo legislador, abstendo-se de impor sua valoração política. Isso deve ser feito não apenas por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e da sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos das decisões proferidas⁴²². O fato de a última palavra acerca da interpretação da constituição ser do Poder Judiciário não o transforma no único, nem no principal, foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes⁴²³.

A separação entre direito e política tem sido considerada como essencial no estado constitucional de direito. Na política, sobressaem a soberania popular e o princípio majoritário (domínio da vontade). No direito, vigora o primado da lei, o *rule of law*, e o respeito aos direitos fundamentais (domínio da razão). A crença nessa distinção resiste ao tempo e às evidências. No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é um dos principais produtos da política. No estado de direito, a constituição e

⁴²¹ MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. **Katálysis**, Florianópolis, jul./dez. 2007, p. 143-153. Disponível em: <<https://goo.gl/VfCDnx>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 147.

⁴²² SILVEIRA, Daniel Barile da; PETINI, Elton Johnny. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, jul./dez. 2011, p. 251-273. Disponível em: <<https://goo.gl/GhhSxk>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 252.

⁴²³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 78.

as leis legitimam e limitam o poder político⁴²⁴. No plano da aplicação do direito, sua separação da política é possível e desejável. Tal pretensão se realiza por mecanismos destinados a evitar a ingerência do político sobre o jurídico, com restrições ao próprio legislador, proibido por exemplo de editar leis retroativas, destinadas a atingir situações concretas já solucionadas pelo Poder Judiciário. Essa separação é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade, da completude do direito e a da interpretação jurisdicional como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas. Essa perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século XX, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível⁴²⁵.

Apesar de todas as dificuldades, a democracia permanece sendo um regime político legítimo para governar uma Sociedade, diante mesmo da ausência de outro modelo hábil a superá-la. Mas também há a necessidade de garantir direitos, separar adequadamente as funções de cada poder e limitar o governo, pilares do constitucionalismo. Conciliar democracia e constitucionalismo tem se revelado uma tarefa complexa e problemática, pois enquanto a democracia resolve questões politicamente relevantes, colide com o constitucionalismo, que impõe barreiras a soberania popular, protegendo determinados conteúdos políticos que devem permanecer fora do alcance de deliberações majoritárias⁴²⁶.

⁴²⁴ LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Representação política e organizações civis: novas instâncias de mediação e os desafios da legitimidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, fev. 2006, p. 43-66. Disponível em: <<https://goo.gl/1gkmQ6>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 45.

⁴²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 79.

⁴²⁶ CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, mar. 2014, p. 47-62. Disponível em: <<https://goo.gl/E9iepe>>. Acesso em: 17 jul. 2018. p. 49.

A constituição é o primeiro e principal elemento na relação entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário, energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular, em poder constituído, sujeito ao estado democrático de direito. É a constituição que institui os poderes do estado, distribuindo-lhes competências específicas. Poder Legislativo e Poder Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais e debate público, universo no qual o título de acesso é o voto popular. Ao Poder Judiciário são reservadas competências fundamentalmente técnicas. Sua atribuição típica consiste na aplicação do direito a situações de litígio entre partes específicas. Ao decidir a controvérsia, o juiz faz prevalecer a solução prevista na lei. Desempenha, assim, função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, subsumido, e não atividade criativa, suscetível de influência política. Mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em tese, o Poder Judiciário deve fazer prevalecer a vontade da constituição sobre a decisão política majoritária do Poder Legislativo e não a sua própria vontade ou ainda a de seus ministros⁴²⁷.

Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional se utiliza de dois grandes instrumentos, o primeiro é a independência do Poder Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo⁴²⁸, o segundo é a vinculação estrita ao direito, pela qual juízes e tribunais teriam sua atuação determinada exclusivamente pela submissão a constituição e as leis. Órgãos judiciais não possuem vontade própria, mas concretizam a vontade política manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão

⁴²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 77.

⁴²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, ago. 2004, p. 151-159. Disponível em: <<https://goo.gl/4UFkoc>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 153. Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cf. OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantias da magistratura e independência do judiciário. **Themis**, Fortaleza, 2000, p. 277-286. Disponível em: <<https://goo.gl/ufejUr>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

especificidade ao direito. No discurso tradicional, juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica. O mundo do direito tem suas fronteiras demarcadas pela constituição e seus caminhos definidos pelas leis, possuem valores, categorias e procedimentos próprios, que pautam e limitam a atuação dos juízes, que não podem criar direito do nada. Seu papel é aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador ordinário. Ainda quando desempenhem função criativa do direito para o caso concreto, devem fazê-lo à luz de valores compartilhados pela comunidade. Sua tarefa não inclui escolhas livres, arbitrárias ou caprichosas, e seus limites são a vontade majoritária e os valores compartilhados⁴²⁹.

Não está em questão que as escolhas políticas sejam feitas, regra geral, por órgãos eleitos, isto é, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Os tribunais desempenham papel importante na vida democrática, mas não o principal. Ronald Dworkin refere-se aos tribunais como “fórum de princípios”⁴³⁰ enquanto John Rawls explora a ideia de “razão pública”⁴³¹. Questões de princípio costumam ser decididas, em

⁴²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 83.

⁴³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Cf. DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Texas Law Review**, Austin, 1982, p. 527-550. Disponível em: <<https://goo.gl/q25Wp3>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴³¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 262 e seguintes. O conceito de razão pública em John Rawls é interpretado como uma categoria de matriz cultural, podendo ser compreendido através de uma noção de tradição do pensamento constitucional que se desenvolve de uma geração para a outra. Ao contrário, em Jürgen Habermas, a ideia de razão pública é de matriz comunicativa, definida a partir de uma atividade discursiva entre os cidadãos. BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 184. Cf. SILVEIRA, Denis Coitinho. O papel da razão pública na teoria da justiça de John Rawls. **Filosofia Unisinos**, Porto Alegre, jan./abr. 2009, p. 65-78. Disponível em: <<https://goo.gl/BtsfYS>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf.

última instância, por tribunais constitucionais, com base em argumentos de razão pública. O direito é diferente da política, mas a linha divisória entre ambos nem sempre é nítida, e certamente não é fixa. Para a teoria constitucional, há pouca adesão na atualidade à crença de que normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem e de que caberia ao intérprete uma atividade de simples revelação do conteúdo normativo preexistente, sem nenhum papel criativo na sua concretização. Interpretação e aplicação do direito envolvem elementos cognitivos e volitivos. A supremacia judicial envolve o exercício de um poder político, com todas as suas implicações para a legitimidade democrática. A grande questão que se apresenta é encontrar o limite dessa atividade criativa pelos tribunais⁴³².

John Rawls⁴³³ pretende desenvolver um procedimento razoável de decisão suficientemente objetivo de forma a estabelecer um critério de arbítrio dos conflitos relativos aos desacordos morais e, desta forma, alcançar a estabilidade com base em um método racional de investigação, com a finalidade de evidenciar que juízos ponderados podem ser emitidos

KRITSCH, Raquel e SILVA, André Luiz da. Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, fev. 2011, p. 67-90. Disponível em: <<https://goo.gl/HM5QM1>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, abr./jul. 2017, p. 203-223. Disponível em: <<https://goo.gl/sVz2P7>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. SOARES, Bruno Martins. A ideia de razão pública de John Rawls e o reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, 2016, p. 222-243. Disponível em: <<https://goo.gl/iM1eEz>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴³² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015. p. 77.

⁴³³ Cf. RAWLS, John. Outline of a decision procedure for ethics. **The philosophical review**, Durham, abr. 1951, p. 177-197. Disponível em: <<https://goo.gl/PosQqL>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

por tribunais competentes⁴³⁴ da seguinte forma, primeiro selecionando uma classe de juízos morais com base no senso comum, em seguida buscando identificar se esses juízos morais são coerentes com princípios razoáveis e justificáveis e, por fim, verificando a existência de coerência, então, estes juízos morais, que são juízos ponderados, servem de critério justificador dos princípios adotados como razão de decidir, arbitrando o dissenso moral⁴³⁵. Duas pessoas podem discutir e nunca chegar a um consenso sobre o que entendem a respeito de um tema político ou jurídico relevante, como o racismo, aborto, clonagem etc.⁴³⁶.

Além dos aspectos relativos à ambiguidade da linguagem⁴³⁷, que envolvem a indeterminação semântica intencional ou não do sentido da norma, em uma Sociedade pluralista e diversificada existe o que se tem denominado de desacordo moral razoável, quando pessoas bem-intencionadas e esclarecidas pensam de maneira radicalmente contrária,

⁴³⁴ DANIELS, Norman. **Justice and justification**: reflective equilibrium in theory and practice. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 59-61.

⁴³⁵ SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Transformação**, São Paulo, 2009, p. 139-157. Disponível em: <<https://goo.gl/q4p2V5>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 143.

⁴³⁶ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial. **Educação e Sociedade**, Campinas, out. 2004, p. 757-776. Disponível em: <<https://goo.gl/Rtd4NZ>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 760. Cf. MAIA, Rousiley C. M. Atores da sociedade civil e ação coletiva: relações com a comunicação de massa. **Lua Nova**, São Paulo, 2009, p. 87-118. Disponível em: <<https://goo.gl/ygM9o6>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁴³⁷ POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, set./dez. 2016, p. 272-285. Disponível em: <<https://goo.gl/ZV9Sgq>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 273. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, out./dez. 2016, p. 203-226. Disponível em: <<https://goo.gl/2ZwWNb>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, jan./dez. 2008, p. 458-474. Disponível em: <<https://goo.gl/cVCSME>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

sem conciliação possível. Nesses casos, o papel do direito deve ser o de assegurar que cada pessoa possa exercer sua autonomia da vontade. Ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas se sobressaem em uma categoria jurisdicional referida como *hard cases*⁴³⁸. Nos casos fáceis, o efeito jurídico decorrente da incidência da norma envolve uma operação de mera subsunção. Já os *hard cases* envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico, devendo ser construída de forma argumentativa. É intuitivo que os tribunais, em suas relações com os outros poderes e atores políticos, procurem demarcar, preservar e ampliar seu espaço de atuação e sua autoridade. No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário tem sido contemporâneo da retração do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que passam por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade em formar maiorias consistentes, legislar e governar, o Supremo Tribunal Federal tem produzido decisões ativistas, ocupando o vazio deixado pelos outros poderes⁴³⁹.

O estado constitucional de direito é produto de duas ideias acopladas, mas que não se confundem⁴⁴⁰. Enquanto constitucionalismo remete à limitação do poder e respeito aos direitos fundamentais, democracia se traduz em soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. Entre constitucionalismo e democracia, vontade e razão, governo

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law review**, Boston, abr. 1975, p. 1057-1109. Disponível em: <<https://goo.gl/FukWbs>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 1059-1060.

⁴³⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Fundamentação, jurisdição e direitos fundamentais: um estudo de caso. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, jul./dez. 2013, p. 511-532. Disponível em: <<https://goo.gl/qncPkJ>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 515. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

⁴⁴⁰ NETO, João dos Passos Martins; THOMASELLI, Bárbara Lebarbechon Moura. Do estado de direito ao estado de justiça. **Sequência**, Florianópolis, dez. 2013, p. 309-334. Disponível em: <<https://goo.gl/H2QxAj>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 317. Cf. CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista de Direito GV**, São Paulo, dez. 2010, p. 469-492. Disponível em: <<https://goo.gl/kb2Xr9>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

da maioria e respeito aos direitos fundamentais, surgem situações de tensão e de conflitos aparentes⁴⁴¹. Por essa razão a constituição precisa desempenhar um duplo papel, o primeiro é estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando participação política ampla, um governo da maioria e alternância no poder, sem descuidar que democracia não se resume ao princípio majoritário, a simples e pura vontade da maioria. A segunda tarefa consiste em proteger os direitos fundamentais das minorias, mesmo contra a vontade circunstancial da maioria. Pelo desenho constitucional atual, o papel de intérprete final da constituição é do Supremo Tribunal Federal, que deve velar pela manutenção e cumprimento das regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, atuando como verdadeiro fórum de princípios⁴⁴², e não de política, espaço de razão pública e não de doutrinação⁴⁴³.

A jurisdição constitucional, quando bem exercida, é garantia para a democracia, e não um risco. A importância da constituição, e o papel do Poder Judiciário como seu principal intérprete, não suprime a atividade política, a deliberação da maioria, nem o papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo na construção do sentido da constituição⁴⁴⁴. Observada

⁴⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 28.

⁴⁴² WALDMAN, Ricardo Libel. A teoria dos princípios de Ronald Dworkin. **Direito e Democracia**, Canoas, 2001, p. 425-447. Disponível em: <<https://goo.gl/WyC92c>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 445. Cf. MACHADO, Igor Suzano. Comunidade de princípios e princípio responsabilidade: o juiz Hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, dez. 2016, p. 243-265. Disponível em: <<https://goo.gl/qBSUzS>>. Acesso em: 18 jul. 2018. Cf. ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. Judicialização da política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, nov. 2014, p. 54-77. Disponível em: <<https://goo.gl/PTTbaV>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁴⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 28.

⁴⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.

a constituição, compete à legislação ordinária, votada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, fazer as escolhas entre as alternativas políticas que caracterizam as Sociedades pluralistas. Ressalvado aquilo que seja essencial para a preservação da democracia e dos direitos fundamentais, todas as outras matérias devem ter como protagonistas aqueles que têm votos. Os juízes não podem impor suas escolhas à Sociedade, sua atuação legítima deriva da capacidade de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na constituição⁴⁴⁵. Quando há o reconhecimento e a aceitação de perspectivas de análise distintas, deve-se levar a sério as críticas, em face das quais se reafirma a relevância do direito e das práticas constitucionais democráticas em todo o mundo. A afirmação de que o sentido dos conceitos jurídicos depende do seu uso e da vontade política e estratégica de utilizá-los, revela tão somente o aspecto arbitrário do discurso, não seu caráter instituído e objetivo⁴⁴⁶.

A teoria crítica do direito⁴⁴⁷ afirma que direito é política, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Para Luís Roberto Barroso, é fora de dúvida que já não subsista no mundo contemporâneo uma crença na ideia liberal-positivista de objetividade do ordenamento e de neutralidade do intérprete. O direito contemporâneo flerta com a ética⁴⁴⁸, pretendendo transformar-se em instrumento legitimador de um ideal de justiça. Ocorre que a linha

⁴⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 28-29.

⁴⁴⁶ KOERNER, Andrei. Sobre a história constitucional. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, ago. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/d1uvCz>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 537. Cf. KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, jul. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/pz1dys>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁴⁴⁷ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 29. Cf. ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2006. Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

divisória entre direito e política nem sempre é nítida. Direito é política no sentido de que sua criação resulta da vontade da maioria, manifestada na constituição e nas leis. A constituição conecta o político ao jurídico, submetendo o poder ao direito. Na tarefa de interpretar o texto constitucional sempre haverá uma dimensão política, um espaço de indeterminação legislativa, intencional ou não, que autoriza um espaço de liberdade subjetiva do intérprete. Direito não é política no sentido de admitir absoluta liberdade de escolha, decisão judicial não pode ser política no sentido de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que comportam mais de uma solução, o juiz deverá encontrar aquela que guarde relação direta e objetiva com a norma interpretada, sob pena de invadir espaço político reservado ao Poder Legislativo, como representante político democraticamente legitimado. O dever de motivação, lastreado em argumentação racional e persuasiva, é característica da atividade jurisdicional e revela o imperativo de conformação da jurisdição com a vocação constitucional, por meio de tradução política da vontade da maioria, sempre respeitando os direitos fundamentais das minorias, por força da vontade do constituinte de 1988, que redesenhou o ordenamento jurídico brasileiro a partir de novos e renovados valores e princípios democráticos⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 363-371. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. Cf. ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. **Lua Nova**, São Paulo, abr. 2016, p. 213-250. Disponível em: <<https://goo.gl/WG6cE3>>. Acesso em: 18 jul. 2018. Cf. LARANJA, Anselmo Langhi; FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo e razão tupiniquim: uma leitura interdisciplinar dos problemas para uma teoria constitucional brasileira. **Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, mar. 2017, p. 53-85. Disponível em: <<https://goo.gl/rzo6qz>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. LEONEL JUNIOR, Gladstone e SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. A luta pela constituinte e a reforma política no Brasil: caminhos para um constitucionalismo achado na rua. **Direito & Praxis**, Rio de Janeiro jun. 2017, p. 1008-1027. Disponível em: <<https://goo.gl/pVphJ2>>. Acesso em: 19 jul. 2018. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado; FAGUNDES, Lucas Machado. Crítica do constitucionalismo latino-americano e caribenho. **Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, dez. 2017, p.

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa⁴⁵⁰, Hans Kelsen⁴⁵¹ e Carl Schmitt⁴⁵² travaram célebre e acirrado debate acerca de quem deveria ser o guardião da constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Carl Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização do judiciário. Sua análise se realizou e, ainda assim, o controle de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. As advertências feitas ainda devem ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista⁴⁵³. Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou

2843-2881. Disponível em: <<https://goo.gl/dnFpHw>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴⁵⁰ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista de Direito GV**, São Paulo, dez. 2010, p. 469-492. Disponível em: <<https://goo.gl/kb2Xr9>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 474. Cf. BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel das cortes supremas: uma comparação entre Brasil e México. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, abr. 2018, p. 57-79. Disponível em: <<https://goo.gl/pTxYvQ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴⁵¹ Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês) Alexandre Krug (alemão). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Cf. KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. A presente pesquisa não adentra no espaço de discussão de interferência do Poder Executivo no âmbito da interpretação do sentido último da Constituição em razão de esta alternativa ter sido plenamente rejeitada pelo constitucionalismo contemporâneo democrático.

⁴⁵² Cf. SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cf. SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992. Cf. SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Petrópolis: Vozes, 1992.

⁴⁵³ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Protecting the constitution from the people: juricentric restrictions on section five power. **Indiana Law Journal**, vol. 78, n. 1. p. 2-45. Disponível em: <<https://goo.gl/Sn2iVn>>. Acesso em: 01 fev. 2018. p. 2.

fluidas, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação clara e inequívoca do Poder Legislativo, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Entre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém representatividade, obtida por voto popular⁴⁵⁴.

A concepção de democracia liberal baseava-se essencialmente na tomada de decisões por parte das maiorias parlamentares⁴⁵⁵. Sem prejuízo do reconhecimento explícito de um catálogo de direitos fundamentais, relacionados à proteção da autonomia privada dos indivíduos, não se levava a sério a ideia de que tais direitos pudessem constringer a deliberação majoritária. No domínio da autonomia pública, a igualdade formal ainda era a preocupação essencial. Não se cogitava em democracia direta, nem sequer se se questionava a possibilidade de suas intervenções no desenho institucional liberal⁴⁵⁶. As democracias contemporâneas ainda conservam um ideário político liberal, uma espécie de justificação não religiosa, pós-metafísica de princípios normativos do estado constitucional democrático⁴⁵⁷. A democracia contemporânea possui uma

⁴⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015. p. 31.

⁴⁵⁵ LESTON-BANDEIRA, Cristina; CABRAL, Rui. O parlamento e a opinião pública em Portugal: argumentos para reforma. **Análise Social**, Lisboa, 2003, p. 467-482. Disponível em: <<https://goo.gl/f5dtz3>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 467-468. Cf. LESTON-BANDEIRA, Cristina. O impacto das maiorias absolutas na actividade e na imagem do parlamento português. **Análise Social**, Lisboa, 1996, p. 151-181. Disponível em: <<https://goo.gl/BHwdgk>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

⁴⁵⁶ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 33.

⁴⁵⁷ ESCUDERO, Mauricio Chapsal; VALLEJOS, Roberto Castillo. La democracia contemporánea y sus fundamentos medievales: Marsilio de Padua y la justificación racional de los principios normativos del estado. **Transformação**, Marília, jun. 2018, p. 55-72. Disponível em: <<https://goo.gl/Qii6ke>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 55. No original em espanhol: “*Las democracias contemporáneas occidentales, contenidas en lo que conocemos como liberalismo político, se entienden ‘como una*

série de tendências preocupantes, tais como a fusão entre as categorias estado e Sociedade, não prevista pelos liberais clássicos, que resultou na desintegração da essência política liberal-democrática, de uma esfera pública baseada no ideal de discussão livre e sem coação⁴⁵⁸. O modelo de democracia liberal parece estar se transformando em uma nova e inédita forma de autoritarismo, um predomínio de opiniões publicadas, mas não da opinião pública, promovido por instituições que convertem o público em privado, com a finalidade de se perpetuarem no poder. Esse sistema político, em que as decisões são legitimadas por meio da persuasão, do encobrimento, em parceria com os meios de comunicação de massa, que banalizam o espaço público, desvalorizam a riqueza do debate político e oferecem soluções *prêt-à-porter*, que subtraem as aspirações democráticas de toda a Sociedade⁴⁵⁹.

A ideia de democracia desfruta de um consenso sem precedentes, excluindo desse assentimento os extremistas dos mais variados matizes ideológicos e órfãos do conhecimento histórico da humanidade. Ainda que a partir dos mais variados pontos de vista, atribui-se à democracia um valor positivo. Sem rejeitar a democracia, Giorgio Agamben tece profundas críticas em relação ao seu uso meramente retórico e

justificación no religiosa y postmetafísica de los principios normativos del Estado constitucional democrático”.

⁴⁵⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Cf. DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas:** a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Ed. UFSC, 2005.

⁴⁵⁹ SCHEUERMAN, William E. Entre o radicalismo e a resignação: teoria democrática em Direito e democracia, de Habermas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, abr. 2014, p. 155-185. Disponível em: <<https://goo.gl/J9kCkZ>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 156. Cf. WERLE, Denilson Luis. Razão e democracia: uso público da razão e política deliberativa em Habermas. **Transformação**, Marília, set. 2013, p. 149-176. Disponível em: <<https://goo.gl/ev7DSH>>. Acesso em: 18 jul. 2018. Cf. LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nov. 2001, p. 45-52. Disponível em: <<https://goo.gl/mdJd7C>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

despolitizado⁴⁶⁰. O uso político da categoria democracia está falseado por uma ambiguidade que conduz a mal-entendidos, motivo pelo qual cabe indagar à qual racionalidade a democracia remete. Na atualidade, a democracia é pensada como forma de constituição do corpo político e como técnica de governo, caminhando simultaneamente para uma conceituação de direito público e para uma prática administrativa, designando a forma de legitimação do poder político e as modalidades de seu exercício⁴⁶¹.

A legitimação democrática das decisões políticas não repousa apenas na manifestação de vontade das maiorias. Através da interpretação do direito, decisões são introduzidas no espaço público. A multiplicidade de interpretações, que comporta, inclusive, uma dimensão criativa, evidenciada pelas mudanças de jurisprudência, está presente em toda operação de aplicação do direito. Onde há escolha, onde há interesse, há política. A interpretação moralizadora do direito se aproxima de uma política constrangida, que foge das arenas públicas de debates e se refugia nos tribunais, longe dos anseios populares. O político é influenciado e condicionado pela totalidade humana, que por sua vez influencia e condiciona a Sociedade, o objeto específico da política consiste sempre na organização de oposições de vontade⁴⁶². Ao se aproximar da política e se legitimar democraticamente, o direito pode ser apropriado como ferramenta da luta política, inclusive por grupos que dificilmente teriam acesso ao sistema político representativo, obrigando o espaço político a traduzir e limitar seu discurso em linguagem e normas constitucionais⁴⁶³.

O conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, o Poder Judiciário se constitui em um poder político. Contudo permanece uma diferença, a aplicação do direito se caracteriza

⁴⁶⁰ Cf. AGAMBEM, Giorgio *et al.* **Démocratie, dans quel état?** Paris: La Fabrique, 2009.

⁴⁶¹ FILHO, Orlando Villas Boas. Democracia: estado idílico da política? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, out. 2010, p. 183-186. Disponível em: <<https://goo.gl/5Jo8Hv>>. Acesso em: 18 jul. 2018. p. 183.

⁴⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 48.

⁴⁶³ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 9.

pela tomada de decisões em um âmbito normativamente restrito, sem perseguir objetivos políticos próprios e, por isso, oferece em tese uma garantia maior de imparcialidade, não dependente de escolhas sucessivas e intermináveis, sujeita a considerações estranhas a norma⁴⁶⁴. Um conceito adequado de democracia deve compreender não apenas o aspecto decisional, mas também o aspecto argumentativo. A inclusão da argumentação na esfera democrática, consiste em uma tentativa de institucionalizar o discurso jurídico argumentativo enquanto mecanismo possível de tomada de decisões políticas. A conexão entre povo e Poder Legislativo não deve ser determinada apenas por eleições e votos, pela simples soma da vontade da maioria, mas também por argumentos, por razões claramente expressadas e submetidas ao crivo dos argumentos racionais, sociais, econômicos e ideológicos, comuns a todo debate político minimamente sério. Por isso que a representação política, atualmente reservada ao Poder Legislativo precisa ser, simultaneamente, decisional, argumentativa e democrática⁴⁶⁵. O direito pode ser articulado em três dimensões. A primeira compreende o direito como um conjunto de processos institucionalizados para produzir decisões, exercendo a função de estabilização de expectativas sociais. A segunda revela uma prática argumentativa a respeito da indeterminação das normas jurídicas. A terceira identifica o fundamento de legitimidade da decisão e do argumento. Na primeira, o direito é parâmetro para a ação estratégica dos jurisdicionados, na segunda, é um mediador especializado para o exercício da argumentação, na última, se transforma em fundamento de legitimidade⁴⁶⁶.

O espaço público não se caracteriza como expressão relativamente pomposa e inacessível à maioria, nem simples sinônimo de deliberação majoritária, que se impõe, por ser maioria numérica, a tudo e a todos⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 16.

⁴⁶⁵ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 302.

⁴⁶⁶ BARBOSA, Samuel. Constituição, democracia e indeterminação social do direito. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, jul. 2013, p. 33-46. Disponível em: <<https://goo.gl/a3im6n>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 34.

⁴⁶⁷ MELO, Rúrion. Repensando a esfera pública: esboço de uma teoria crítica da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, abr. 2015, p. 11-39. Disponível em: <<https://goo.gl/qTtdH>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 22.

Em vez disso, designa um complexo sistema de instâncias deliberativas e arenas decisórias permanentemente submetidas à crítica. Nesse espaço, qualquer resposta é sempre provisória, como é provisório o conhecimento humano. Até mesmo as decisões finais, tomadas por necessidade de superação dos impasses momentâneos, devem ser concebidas como provisoriamente finais, eis que as próximas gerações ou mudanças consideráveis nos cenários estruturantes podem demandar a elaboração de uma nova decisão final provisória⁴⁶⁸. Os porta-vozes do sentido constitucional não estão radicados apenas nas universidades, gabinetes públicos ou bancas de advocacia, mas circulam em diversos espaços públicos e privados. A legitimidade dos teóricos constitucionais no espaço do poder não é dada apenas por sua expertise intelectual, mas por um conjunto de condicionantes presentes em suas trajetórias profissionais e políticas, que os vinculam às diferentes tomadas de posição no debate sobre o sentido das regras constitucionais. No Brasil não há uma divisão radical entre o ambiente teórico e o ambiente prático. A legitimidade dos bens simbólicos em forma de produção intelectual teórica é condicionada, não raras vezes, à relação desses agentes com o universo prático. A deliberação democrática pugna superar esse saber autoritário encastelado, despindo-o em praça pública⁴⁶⁹.

A construção de uma noção de autonomia política e social pode ser estruturada com base no princípio da igualdade entre os participantes da comunidade política, aplicável à esfera pública e privada, impedindo que valores e concepções majoritárias sejam impostos de forma indiscriminada, e apenas quando as preferências individuais não acarretem ofensa juridicamente considerável ao patrimônio de terceiros. A conjugação do princípio igualitário com o ideal democrático se opõe a excessos majoritários. Limites às maiorias não surgem espontaneamente, mas são estabelecidos por arranjos institucionais concretos. A democracia deve levar a sério a necessidade de obstaculizar que a deliberação majoritária reduza o paradigma de igual dignidade dos participantes

⁴⁶⁸ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 15-16.

⁴⁶⁹ ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. **Lua Nova**, São Paulo, ago. 2014, p. 177-206. Disponível em: <<https://goo.gl/DqPv6k>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 182.

políticos. A vontade da maioria possui um valor intrínseco, mas não se esgota em si mesma. Em todo processo político, há vencedores e vencidos, que não se convertem, pelo resultado do processo, em dominadores e dominados, já que os direitos fundamentais funcionam como barreira aos avanços indiscriminados da maioria, razão e fundamento de seu entrincheiramento constitucional. A crise de representatividade do Poder Legislativo demanda soluções institucionais específicas, mas não é uma particularidade brasileira, em todo o mundo o Poder Legislativo enfrenta dificuldade em sua capacidade de direção política diante de uma Sociedade altamente complexa, desinformada e politicamente dividida⁴⁷⁰.

A reconciliação democrática não representa o fim da cisão entre estado e Sociedade, nem da tensão entre o constitucionalismo e a democracia, mas revela a possibilidade de deslocamento do momento unificador para o futuro. Para que essa reconciliação tenha valor, e sirva de fundamento da legitimidade democrática, é necessário que esse deslocamento temporal seja concebido como um aperfeiçoamento político dos que convivem na Sociedade. É preciso que esse movimento reconciliador não seja meramente um processo não intencional, mas também um progresso efetivo, deliberadamente desejado e conquistado, fruto de amplo e profundo debate a respeito do valor democracia e de sua importância em todas as esferas políticas e, particularmente, aquelas atualmente judicializadas⁴⁷¹. Uma democracia vinculada a expressão da vontade cidadã deve revelar três ideais normativos complementares, mas em permanente tensão um com o outro, sendo eles o civismo, considerado um ideal de excelência no exercício da cidadania, o plebeísmo, ideal de extensão da cidadania, e o pluralismo, ideal de tolerância para com os diferentes⁴⁷². O raciocínio democrático parte do pressuposto que

⁴⁷⁰ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 20.

⁴⁷¹ ARAUJO, Cícero. Legitimidade democrática, igualdade e desigualdade. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, dez. 2012, p. 71-91. Disponível em: <<https://goo.gl/rD6JdS>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 86-87.

⁴⁷² ARAUJO, Cícero. República e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, 2000, p. 5-30. Disponível em: <<https://goo.gl/aGwWCe>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 5.

democracia impõe alguma espécie de limite à deliberação majoritária, com reconhecimento de igual dignidade para todos os envolvidos no processo político decisório. Os limites à deliberação majoritária não se caracterizam como verdade revelada e nem são impostos verticalmente, mas são compreendidos e identificados pelos valores comungados pela Sociedade. Somente por meio da deliberação livre e no espaço público será possível definir as condições constitutivas da democracia e da própria constituição⁴⁷³.

A possibilidade de desencontro entre manifestações de vontade dos representantes e dos representados é característica inerente a representatividade política, o desacordo faz parte do jogo democrático, sendo supostamente solucionado com eleições periódicas, o que não impede que a participação democrática popular no processo legislativo seja utilizada como parâmetro para fundamentar um maior ou menor constrangimento jurisdicional, demandando uma nova forma de legitimação, discursiva ou deliberativa, como contraponto à decisão puramente majoritária, consequência de processos democráticos não plenamente comprometidos com os ideais constitucionais. Não há solução pronta para resolver esse tipo de impasse, uma vez que a realidade é amplamente variável, a Sociedade é dinâmica em suas pretensões e vontades políticas, as decisões finais são sempre provisórias. A possibilidade de uma Sociedade fazer escolhas coletivas melhores e mais legítimas, quando o juízo dos seus cidadãos é depurado por um amplo debate público, com liberdade de expressão, inclusivo e informado por argumentos tem um apelo intuitivo⁴⁷⁴.

O equilíbrio das forças majoritárias e contramajoritárias revela um equilíbrio deliberativo e argumentativo, pautado em debates públicos, que envolvam todos os interessados e respeitem o direito a mesma dignidade política. A predominância do direito repousa em um consenso das forças sociais, estabelecidas a partir de um amplo e democrático debate no espaço público, em que todos os aspectos do dissenso poderão ser

⁴⁷³ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 21.

⁴⁷⁴ VIEIRA, Mónica Brito e SILVA, Filipe Carreira. Democracia deliberativa hoje: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, abr. 2013, p. 151-194. Disponível em: <<https://goo.gl/4iAGqN>>. Acesso em: 19 jul. 2018. p. 151.

representados e submetido as mais variadas críticas, por isso que é indispensável que nenhuma manifestação seja imune às exigências da legitimação discursiva, traduzida em linguagem constitucional, submetido ao crivo do controle deliberativo e não da aritmética. A deliberação pública promove e estimula o diálogo efetivo de diferentes espectros políticos, diluindo os radicalismos e reforçando o ideal constitucional de participação cidadã. A exigência do debate obriga que seus defensores possuam a capacidade de elaborar uma fundamentação racional, que será exposta à crítica política e social, legitimando o processo decisório. A construção deste espaço permanente de enfrentamento político, com a ampliação de seus participantes não revela desprestígio do Poder Legislativo, que continua sendo a arena pública por excelência, mas cria um saudável contraponto ao Poder Judiciário, que ocupa na atualidade a primazia deste debate⁴⁷⁵.

Não há razão para acreditar que indivíduos isolados, ou em pequenos colegiados, sejam capazes de realizar escolhas melhores para a coletividade, como se tivessem acesso direto a uma suposta verdade revelada apenas a poucos escolhidos. Ao contrário disso, o mais provável é que o debate público e acessível aos mais variados grupos sociais seja beneficiado com o pluralismo de ideias, de experiências, de sabedorias e conhecimentos individuais, além de permitir a identificação e o reconhecimento de eventuais preconceitos ou interesses particulares que poderiam afetar as decisões políticas. Toda manifestação de poder deve ter em conta a necessidade de legitimação discursiva, capaz de justificar processos decisórios que se fundamentem na regra majoritária⁴⁷⁶. É pela via da participação jurídico-política, traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da constituição, que se processa a concatenação dos direitos fundamentais e da democracia. A abertura constitucional permite que todo membro da comunidade política possa interpretar a constituição,

⁴⁷⁵ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 10.

⁴⁷⁶ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 24.

democratizando o processo interpretativo⁴⁷⁷. O povo não é fonte ativa de legitimidade democrática apenas quando participa das eleições, também é quando utiliza outras vias de participação da formação da vontade estatal, com o objetivo de concretizar ou alargar os direitos fundamentais⁴⁷⁸.

Paradoxalmente, ao se situar com exclusividade no Poder Judiciário a palavra final do sentido constitucional, força-se a criação de um equilíbrio deliberativo. A existência, extensão e legitimidade do controle de constitucionalidade é influenciada de forma determinante pelo desenho institucional e deve estar permanentemente sujeita à crítica. A jurisdição constitucional pode contribuir para a ampliação da qualidade do debate público, evitando que argumentos jurídicos sejam desconsiderados⁴⁷⁹. Considere-se por exemplo, o caso em que uma decisão democrática viole claramente o texto normativo. Referida decisão pode ser irretocável do ponto de vista do constitucionalismo liberal, mas pode ir contra os mecanismos que preservam o estado de direito. Mesmo que não sejam violados direitos, se mantida a decisão democrática, a prática social desenvolvida pela constituição histórica será enfraquecida, e como resultado, a eficácia das decisões democráticas será afetada. Nesses casos, os tribunais poderiam intervir para invalidar a legislação democrática e proteger a constituição⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: EdUFMG, 2002 p. 31.

⁴⁷⁸ SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 139.

⁴⁷⁹ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 28.

⁴⁸⁰ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Buenos Aires: Gedisa, 1997. p. 281. No original em espanhol: *“Consideremos el caso en el que la decisión democrática infringe en forma clara el texto, que es el aspecto más saliente de la convención de acuerdo a las reglas tradicionales de interpretación. La decisión democrática puede ser impecable desde el punto de vista de los elementos del constitucionalismo liberal y participativo, pero ésta podría estar en contra del elemento que preserva el estado de derecho. Aunque no se vea*

O fundamento último da democracia é o reconhecimento de igual dignidade dos membros da comunidade política, consequência disso é a regra da maioria para a tomada de decisões vinculantes para todos. As decisões majoritárias que neguem tratamento igualmente digno a todos os membros da comunidade política subvertem a premissa democrática e interrompem a cadeia de legitimidade do processo, transformando-se em dominação, ditadura das majorias. A legitimação discursiva no debate público engendra um movimento de aproximação entre política e direito. A política é constitucionalizada e obrigada a traduzir suas pretensões em linguagem constitucional, mas não se converte em simples instância de aplicação inaudita do direito, já que a própria constituição está sujeita a crítica e a revisão. A legitimação discursiva das pretensões políticas das majorias, ainda que eventuais, deve respeitar o direito que cada indivíduo possui de somente se submeter a decisões fundamentadas em argumentos compatíveis com sua igual dignidade. Diferentes visões de mundo podem ser equacionadas no ambiente público deliberativo. A legitimação democrática não se assenta apenas em sua suposta capacidade de promover a deliberação desinteressada, mas na necessidade de promover e ampliar um espaço público crítico, aberto e permanente a todos os interessados, com respeito à igual dignidade de todos os participantes⁴⁸¹.

O deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Poder Judiciário não é um processo recente, contudo, tornou-se mais destacado com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas, comprometidas com profundas alterações políticas e jurídicas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam a capacidade das instituições políticas realizarem as suas próprias escolhas, por intermédio da lei e das políticas públicas. As constituições contemporâneas desconfiam do legislador ordinário,

violado ningún derecho, si si mantuviera la decisión democrática, la práctica social constituida por la constitución histórica podría verse debilitada y, como resultado de ello, la eficacia de las decisiones democráticas podría resultar enormemente afectada. En esta situación el juez puede intervenir en forma justificada para invalidar la ley democrática a fin de proteger la convención constitucional que garantiza la eficacia de las decisiones democráticas mismas”.

⁴⁸¹ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 38.

optando por decidir sobre a quase totalidade das matérias politicamente relevantes, deixando ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo apenas a função de implementar a vontade constituinte, e ao Poder Judiciário a tarefa de guardar a constituição⁴⁸².

Quando em 1968, Aliomar Baleeiro publicou “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”⁴⁸³, não possuía ideia de como o título desta obra clássica do direito constitucional poderia estar em maior descompasso com o relevo do Supremo Tribunal Federal no cenário político atual. Raros são os dias em que as decisões daquele tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia e, eventualmente, nas páginas de ciências, educação e cultura. Mesmo tendo desempenhado função relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momentos de enorme fertilidade jurisprudencial, como na primeira república, ou de grande coragem moral, como no início do período militar, não há como comparar a atual projeção do tribunal, com a sua atuação passada. Por isso se diz que está ocorrendo uma supremocracia, caracteriza a singularidade do arranjo institucional brasileiro, com referência à autoridade do Poder Judiciário em relação aos demais poderes constituídos. A ideia de colocar um tribunal no centro do sistema político não é nova, D. Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma corte suprema como a dos Estados Unidos. Mas foi somente com a Constituição de 1988 que o Supremo Tribunal Federal se deslocou para o centro do arranjo político, posição que vem sendo ocupada de forma substantiva, face a tarefa de guardar tão extensa constituição. Em um sistema no qual os poderes constituídos parecem ter perdido a cerimônia com a constituição, nada pode parecer mais positivo do que o povo, seu legítimo guardião, exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa ser visto como desejável, é uma tarefa cheia de percalços⁴⁸⁴.

⁴⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-463. Disponível em: <<http://goo.gl/7sIL7h>>. Acesso em: 04 dez. 2015. p. 445.

⁴⁸³ Cf. BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

⁴⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-463. Disponível em: <<http://goo.gl/7sIL7h>>. Acesso em: 04 dez. 2015. p. 457.

A teoria constitucional precisa da utopia, porque as constituições também pretendem falar ao coração das pessoas, inspirando uma espécie de sentimento constitucional entre os cidadãos⁴⁸⁵. A constitucionalização do direito, a pretensão de remodelar a ordem jurídica, para lhe conferir uma fisionomia identificada com os valores democráticos constitucionais, é uma utopia. Mas é preciso cuidado com as utopias. As utopias acalentam o espírito e sinalizam caminhos, mas, em excesso, se transformam em distopias. Uma teoria constitucional que se oriente apenas à promoção de uma utopia, por mais inspiradora que seja, facilmente converter-se em uma camisa-de-força. A constituição não é, nem deve ser, tábua fundamental de uma religião civil⁴⁸⁶, na qual estejam escritos para todo o sempre os caminhos que levam à salvação da nação⁴⁸⁷. A tentativa, nem sempre bem-sucedida, de conciliar constitucionalismo e democracia vai estar presente nos grandes debates constitucionais do século XXI, quando os modelos constitucionais vigentes, esgotados pelas transformações sociais, passarão por profundas análises e testes práticos⁴⁸⁸. O discurso se desdobrará entre a promoção da ideia de que a constituição é a lei da vida política de um estado e entre a concepção de que a constituição é uma regra de direito que tão somente regula o comportamento estatal⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985.

⁴⁸⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 237.

⁴⁸⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 48.

⁴⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61. p. 5-24. Disponível em: <<https://goo.gl/9ZEgHy>>. Acesso em: 22 fev. 2018. p. 6.

⁴⁸⁹ Cf. KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês) Alexandre Krug (alemão). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

8. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Em 1978, nos derradeiros anos da ditadura que se impôs no Brasil entre 1965-1985, Miguel Seabra Fagundes argumentava que no sistema de governo presidencialista, quando há um impasse entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo e não é encontrada a solução por critérios políticos e pela ação legislativa, a solução assente é de intervenção jurisdicional do Poder Judiciário, com a utilização da exegese da lei e garantia de supremacia da constituição em relação ao restante do ordenamento jurídico, assumindo o Poder Judiciário um papel magno na dinâmica da política de governo, já que por sua própria natureza, é o poder do estado competente para solucionar tais controvérsias. E nesse contexto, como órgão jurisdicional dirimidor de todas as situações contenciosas, em que são partes o Poder Legislativo e o Poder Executivo, ou o indivíduo e qualquer um desses poderes, há necessidade de um ente de cúpula situar-se entre eles, por meio da atividade jurisdicional, para dar a última palavra, a palavra inapelável, sempre que for arguida a inconstitucionalidade de comportamento dos outros poderes. Disso dependia o êxito prático das instituições políticas, que vicejarão ou se amorfinaarão inexpressivas em razão das manifestações do Supremo Tribunal Federal, seja em momentos de crise, seja no cotidiano da vida política, social e econômica da Sociedade, porque somente a ela compete a autoridade de dizer não às demasias e abusos dos outros dois poderes, tolhendo-lhes as ações pela força argumentativa de suas decisões e pelo peso moral de sua autoridade constitucional⁴⁹⁰.

Esse teria sido o *leitmotiv* dos primeiros republicanos quando instituíram o Supremo Tribunal Federal, inspirados certamente pelo modelo norte-americano, posto que o Supremo Tribunal de Justiça da constituição de 1824, cuja competência se limitava a conceder, ou denegar recurso de revistas, conhecer dos delitos e erros do ofício que cometessem seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias e, por fim, conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais

⁴⁹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan. 1978, p. 1-10. Disponível em: <<https://goo.gl/H5yXxZ>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 1.

(arts. 163 e 164, constituição de 1824⁴⁹¹), sucede um tribunal com atribuição jurisdicional, até então fora de cogitação, para confrontar leis e atos administrativos com a constituição (arts. 59, constituição de 1891⁴⁹²), possuindo doravante a capacidade de, interpretando o texto da constituição, determinar o alcance das diretrizes políticas nele subjacentes. O Supremo Tribunal Federal não engendra critérios políticos para o Poder Legislativo ou Poder Executivo, mas revela, pela exegese da constituição, os princípios ínsitos em seu texto. Foi tendo essa ideia em consideração, que Thomas Jefferson comparou a constituição a uma cera amorfa, a resultar nas formas que a Suprema Corte manipula⁴⁹³. Com a proclamação da república o Brasil adotou o modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis, com base no paradigma norte-americano, cuja lógica se prende à separação de poderes. Aí se encontra o princípio histórico e lógico que inaugurou o controle de constitucionalidade no Brasil⁴⁹⁴.

A constituição de 1934 criou a representação interventiva, outra figura significativa no desenvolvimento do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, porque inovadora, pois antecipa a tendência de ir da competência difusa para a concentrada, refletindo a necessidade de demandar a um tribunal superior um controle direto e imediato da constitucionalidade (art. 12, § 2º, constituição de 1934⁴⁹⁵). Ainda que com essa provocação se tenha concentrado pela primeira vez

⁴⁹¹ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <<https://goo.gl/bDVkoc>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁴⁹² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Constituição. Disponível em: <<https://goo.gl/vqqa95>>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁴⁹³ FAGUNDES, Miguel Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan. 1978, p. 1-10. Disponível em: <<https://goo.gl/H5yXxZ>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 2. FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set. 1996, p. 175-196. Disponível em: <<https://goo.gl/3LHxKy>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 182.

⁴⁹⁴ BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://goo.gl/iNM3or>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 16.

⁴⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Constituição 1934. Disponível em: <<https://goo.gl/B8DKhJ>>. Acesso em: 14 maio 2018.

a competência para apreciar a constitucionalidade de uma lei, a introdução definitiva no Brasil do modelo concentrado de constitucionalidade, deu-se apenas com a instituição da representação de inconstitucionalidade, pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965⁴⁹⁶, momento a partir do qual pode ser identificado o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade de misto⁴⁹⁷.

Não faz sentido discutir se o Supremo Tribunal Federal exerce função política ou não⁴⁹⁸. Seu papel como órgão de cúpula do Poder Judiciário lhe assegura essa atribuição, ainda que não da mesma forma que a função política é exercida pelos demais poderes. A verdadeira questão é saber qual o alcance das atribuições do tribunal no campo político-democrático. Porque um tribunal que busque assumir o protagonismo da vida política é tão nocivo quanto um que se omite. Mas estabelecer a proporção adequada é obra eternamente inacabada. A

⁴⁹⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 16, de 1965**. Disponível em: <<https://goo.gl/o6mze8>>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁴⁹⁷ BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://goo.gl/iNM3or>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 14. Cf. BARROS, Sérgio Resende. de O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: proposta de simplificação. **Revista da Procuradoria Geral do estado de São Paulo**, São Paulo, dez. 2000, p. 21-44. Disponível em: <<https://goo.gl/USRmXa>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁹⁸ WEBER, Max. **Ensaios de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 98. Política no sentido de participação no poder ou na luta para influir na distribuição de poder. Quando se afirma que uma questão é política, quando um ministro ou uma autoridade é considerado como político, ou quando uma decisão é tratada como politicamente determinada, o que se está querendo dizer, sempre, é que os interesses na distribuição, manutenção ou transferência do poder são decisivos para a resposta às questões e para se determinar a decisão ou a esfera de atividade da autoridade. Quem participa ativamente da política luta pelo poder, quer como um meio de servir a outros objetivos, ideais ou egoístas, quer como o poder pelo poder, ou seja, a fim de desfrutar a sensação de prestígio atribuída pelo poder. Cf. BIANCHI, Alvaro. O conceito de estado em Max Weber. **Lua Nova**, São Paulo, maio/ago. 2014, p. 79-104. Disponível em: <<https://goo.gl/TBeUQP>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

abrangência da atuação política do Supremo Tribunal Federal não é pré-estabelecida, não é delimitada pelo texto constitucional, não é extraída de exemplos colhidos em outras épocas, ou na experiência política de outros povos. O exercício da função política por parte do Supremo Tribunal Federal demanda que, em cada momento, o tribunal, em constante diálogo com os outros poderes e a Sociedade, possa determinar, mediante a interpretação de normas constitucionais, o que é de interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação. Exercer função política com maestria constitucional é desafio permanente para o Supremo Tribunal Federal, cujo sucesso é medido pelo grau de sintonia entre sua atuação e as expectativas democráticas. Durante as primeiras décadas do século XX vigorou entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, consequência de seu apego ao direito constitucional norte-americano, uma certa resistência em relação à deliberação das chamadas questões políticas. A autorestrição do tribunal foi cedendo espaço paulatinamente à orientação no sentido de ser analisada qualquer questão, desde que houvesse lesão a direito fundamental. Mas essa limitação, implícita e reconhecida apenas pelo tribunal, foi posteriormente incluída nas disposições constitucionais. As Constituições de 1934⁴⁹⁹ e a de 1937⁵⁰⁰ incluíram vedação expressa para que o Supremo Tribunal Federal conhecesse de questões meramente ou exclusivamente políticas. Mas isso não acarretou mudança nas suas competências, porque tanto antes quanto durante a vigência destas constituições, coube ao próprio tribunal decidir quais questões eram políticas. O desafio nunca foi o de poder ou não decidir, mas de conseguir que suas decisões tivessem eficácia⁵⁰¹. O desafio agora é identificar quais são as questões políticas do século XXI e lhes conferir legitimidade democrática.

A política é característica inerente ao exercício do poder, sendo o Poder Judiciário o órgão encarregado de declarar o direito entre partes litigantes, deve lhe ser limitado o ingresso na seara política, embora lhe seja atribuída a competência constitucional de declarar a inconstitucional

⁴⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934.** Constituição 1934. Disponível em: <<https://goo.gl/B8DKhJ>>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁵⁰⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Constituição 1937. Disponível em: <<https://goo.gl/ykAmFv>>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁵⁰¹ PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007. p. 232-233.

das leis e os atos normativos do Poder Legislativo e do Poder Executivo⁵⁰². O exercício da função política pelo Supremo Tribunal Federal sempre recebeu destaque, não obstante o próprio tribunal, em inúmeras oportunidades, procurou mitigá-la, sem que, por outro lado, seja possível identificar um significativo autoconhecimento de sua função política, em alguns julgados, como no Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 203, quando o Ministro Celso de Mello deixou assentado que o controle de constitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na constituição, funcionando como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal e enseja desempenho de típica função política⁵⁰³.

O exercício da função política implica liberdade de escolha entre as diversas opções que se apresentam possíveis, possuindo como característica básica, realizar a interpretação dos fins do estado e escolha dos meios adequados para os atingir em cada conjuntura⁵⁰⁴. A definição de interesse geral deve ser feita com base em normas constitucionais interpretadas com grande liberdade e sua persecução realizada mediante a livre escolha dos rumos ou soluções consideradas preferíveis⁵⁰⁵. A liberdade de escolha no âmbito da função política, dentro do largo campo delimitado pelas interpretações razoáveis da constituição, diz respeito à definição dos rumos e à definição dos meios. Por outro lado, é preciso admitir que nem toda matéria sujeita a opção por parte do estado implica exercício de função política, ainda que oriunda dos órgãos detentores do poder. Para identificar o que qualifica um fato como sendo político, deve-se considerar que “a primeira condição para que um fenômeno social seja considerado como político é que ele contribua, direta ou indiretamente,

⁵⁰² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das consituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1997. p. 117.

⁵⁰³ FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set. 1996, p. 175-196. Disponível em: <<https://goo.gl/3LHxKy>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 176. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 203. Rel. Celso de Mello, 1990. Disponível em: <<https://goo.gl/dRcPfJ>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁵⁰⁴ MIRANDA, Jorge. Funções do estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul. 1992, p. 85-99. Disponível em: <<https://goo.gl/yQd8hG>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 94.

⁵⁰⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 172.

para a manutenção ou a transformação das estruturas de uma Sociedade global, ou das relações entre diferentes Sociedades globais”⁵⁰⁶.

Cada vez mais, questões que eram demandas políticas transformam-se em ações judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política, ampliando a interferência judicial⁵⁰⁷. Aproveitando-se dessa tendência judicializante, o Poder Judiciário prossegue afirmando a supremacia judicial, que acaba entrando em choque com a ideia de supremacia constitucional. Não se trata, de modo algum, de novidade, pois segundo Patricia Wald, Oliver Wendell Holmes teria dito há mais de cem anos que a lei é aquilo que o tribunal diz que é⁵⁰⁸. O *Chief Justice* Charles Evans Hughes também afirmou que se vive sob uma constituição, mas a constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é⁵⁰⁹. Para afirmar o traço da supremacia judicial no Brasil, já houve manifestações dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em sentido semelhante, conforme apontamentos de Lenio Luiz Streck⁵¹⁰, o ministro Gilmar Mendes afirmou que o Supremo Tribunal Federal não deve seguir os passos da doutrina, mas produzir o direito e reproduzir o ordenamento. A doutrina acompanhará o tribunal, prontamente ou com alguma relutância, mas acompanhará, se o tribunal se mantiver fiel ao

⁵⁰⁶ DEBRUN, Michel. **O fato político**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. p. 37. PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007. p. 55-56.

⁵⁰⁷ TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, jul./dez. 2012, p. 31-46. Disponível em: <<https://goo.gl/3vcx4d>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 33.

⁵⁰⁸ WALD, Patricia M. One nation indivisible, with liberty and justice for all: lessons from the american experience for new democracies. **Fordham Law review**, Nova York, 1990, p. 283-297. Disponível em: <<https://goo.gl/yVSUQP>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 290. No original em inglês “*Oliver Wendell Holmes told us 100 years ago that the law is what the courts say it is*”.

⁵⁰⁹ WILLIAMS, Walter E. **Liberty versus the tyranny of socialism**: controversial essays. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 236. No original em inglês “*We live under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”.

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos**. Disponível em: <<https://goo.gl/LZLizo>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

compromisso de guardar a constituição⁵¹¹. Ainda nesse contexto, o falecido ministro Teori Albino Zavascki afirmou que, considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos está acometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, pode-se afirmar que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, nem mesmo o que foi imaginado ou desejado em seu processo de formação pelo legislador, o conteúdo da norma é aquele que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, pode-se dizer que a constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal, seu intérprete e guardião, diz que é, que as leis federais são aquilo que o Superior Tribunal de Justiça, seu guardião e intérprete, diz que são.⁵¹²

O neoconstitucionalismo apresentou contribuições à tarefa de repensar o constitucionalismo, proporcionando avanços, porém, em contraposição, foi destinada ao Poder Judiciário a incumbência de realizar esse projeto constitucional, e obteve como resultado a discricionariedade judicial. Os teóricos do neoconstitucionalismo, apesar de possuírem posicionamentos distintos, promoveram a tríade moral-princípios-discricionariedade. Para Susanna Pozzolo, a constituição retoma a ligação entre direito e moral, o que conduz a uma interpretação vinculada a valorações éticas. A incorporação da moral pelo direito permite uma elasticidade interpretativa, que acaba se traduzindo em discricionariedade judicial⁵¹³. Para Prieto Sanchís, em relação aos princípios, a diferença entre a interpretação da constituição e a de uma lei é quantitativa, porque

⁵¹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação n. 4.335. Rel. Min. Gilmar Mendes 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/23uSSg>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁵¹² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 668995/MG. Rel. Teori Albino Zavascki 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/jGUG6b>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁵¹³ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, Alicante, 1998, p. 339-353. Disponível em: <<https://goo.gl/sBxc6m>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 343. No original em espanhol: “*La conexión entre derecho y moral se verifica, pues, también a nivel justificativo, ya que sólo mediante esa vía la decisión jurídica podría justificarse. A partir de ahí, la doctrina del neoconstitucionalismo sostiene la prevalencia del punto de vista interno, del punto de vista del participante, en relación con el del observador desinteresado. Sólo desde la perspectiva del participante es identificable la decisión*”.

a constituição é formada por princípios, que ampliam as possibilidades interpretativas⁵¹⁴.

A forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal (indicação do presidente da república e aprovação por maioria absoluta dos senadores) vem sendo questionada, particularmente o fato de não serem eleitos e não possuírem um mandato pré-fixado. O processo de escolha dos ministros não possui papel decisivo no caráter político das decisões por eles tomadas. Por ser uma instituição política *par excellence*, seus ministros são colocados na posição de tomar decisões políticas. O Supremo Tribunal Federal não é uma instituição política porque os ministros que o compõem tenham necessariamente trilhado uma trajetória política. Os ministros tomam decisões políticas independentemente de sua trajetória, a partir do instante e porque se tornam ministros (inserção institucional)⁵¹⁵. Ronald Dworkin afirma que decidir com base em fundamentos políticos não implica necessariamente política partidária, mas o emprego de princípios políticos gerais, nos quais os membros de um tribunal acreditam. Os juízes devem julgar com base em argumentos de princípio e não de procedimento político, devem tomar decisões sobre quais direitos as pessoas têm no sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral, decisões de caráter político⁵¹⁶. Usualmente, apenas o poder que o estado dirige ou lidera, e não aquele que executa, é qualificado como político. Como depositário do poder político geralmente se considera apenas aquele que pode realizar

⁵¹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación de la constitucional. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, maio/ago. 1991, p. 175-198. Disponível em: <<https://goo.gl/8qwJCQ>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 176.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, Eduardo Santos de. O sistema político brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. **Sociologias**, Porto Alegre, maio/ago. 2013, p. 206-246. Disponível em: <<https://goo.gl/MPp14o>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 219-221. Em outro sentido cf. DA ROS, Luciano; MATHEW, Taylor. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente e estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, 2008, p. 825-864. Disponível em: <<https://goo.gl/E6UohZ>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁵¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 3 e seguintes. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011. p. 50-51.

uma mudança essencial na divisão de poderes do estado, com base em decisões autônomas, ou que se esforça para possuir essa faculdade. É por isso que a atividade de órgãos de estado subordinados, realizada de acordo com normas precisas, não é normalmente considerada uma função política. Por outro lado, quando há fortes tensões políticas, todas as relações sociais tornam-se, finalmente, políticas⁵¹⁷.

Em um estado democrático de direito, a esfera na qual os tribunais atuam, não é espaço privado, mas espaço público, na medida que suas decisões produzem reflexos na Sociedade. Enquanto o Poder Legislativo e o Poder Executivo buscam no voto popular sua legitimidade, o Poder Judiciário pretende encontrá-la pelo exercício pleno das atribuições que lhe são conferidas pela constituição, sendo fiscalizado e controlado por meio da publicidade de suas decisões. O Supremo Tribunal Federal, ao tornar público sua decisão a respeito de determinado caso, possui relevante papel a ser ressaltado, sua função comunicativa e, conseqüentemente, democrática. Essa função possui aspectos muito relevantes, ainda pouco debatido pela teoria constitucional brasileira.

⁵¹⁷ HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. Tradução de Luis Tobío. 2. ed. Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, 2014. p. 262-263. No original em espanhol: “*En general se califica de político tan sólo al poder que en el Estado dirige o conduce, no al que ejecuta. Como depositario del poder político se considera, en general, únicamente al que puede llevar a cabo un cambio esencial en la división del poder estatal, en lo interno o lo externo, sobre la base de decisiones autónomas, o bien se esfuerza por poseer esta facultad. Por eso no vale ordinariamente como política la actividad de órganos estatales subordinados que se realiza según normas precisas. Y tampoco se consideran, con frecuencia, como políticas amplias zonas de la política social y de la actividad cultural del Estado. En cambio, cuando existen fuertes tensiones políticas, todas las relaciones sociales se hacen, finalmente, políticas e incluso llegan a estimar políticos actos tales como el alcantarillado de una calle, el establecimiento de una fábrica o de un sanatorio o la construcción de escuela*”. Cf. BUZANELLO, José Carlos. Constituição política em Hermann Heller. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jan./mar. 1996, p. 259-265. Disponível em: <<https://goo.gl/1ZddGw>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Muito se fala da eficácia e abrangência das decisões, pouco se comenta da relevância de sua função democrática⁵¹⁸.

No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, o exercício da função política não ocorre na rotina das suas atividades, senão quando chamado à aplicação da constituição, a manifestar-se sobre a validade de leis e atos executivos. Ao se manifestar em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como guardião e árbitro que é da constituição, desempenha uma função política, até mesmo porque a constituição, do ponto de vista estritamente jurisdicional, é aquilo que o tribunal afirmar. Mas convém consignar que é desonesto supor que a função política do tribunal significa autorizar a acomodação de seus julgados a conveniências conjunturais, seja em nome da harmonia dos poderes, seja no de razões de estado, que não podem pesar para levá-lo a julgar, pois o seu papel, em um estado de direito é o de aplicar a constituição e as leis sem outras considerações que as de ordem jurídica, enfrentando inclusive oposição dos outros órgãos do estado. O juízo constitucional deve operar com normas que submetem o político ao direito⁵¹⁹.

O processo de construção da uma ordem constitucional resultante da ideia de direito⁵²⁰ pertencente a sua comunidade política e se inicia com a promulgação da constituição, obra do poder constituinte, mas não conclui o processo de construção de uma vivência constitucional que, apenas começa quando da positivação do texto constitucional, justificando a existência de uma *living constitution*⁵²¹, viabilizando o

⁵¹⁸ FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set. 1996, p. 175-196. Disponível em: <<https://goo.gl/3LHxKy>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 176.

⁵¹⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan. 1978, p. 1-10. Disponível em: <<https://goo.gl/H5yXxZ>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 2-3.

⁵²⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Coimbra: Coimbra Ed., v. I, 2011. p. 84.

⁵²¹ Cf. STRAUSS, David. **The living constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2010. Nessa obra David Strauss pretende evidenciar dois objetivos: a) demonstrar que o originalismo é uma técnica de interpretação insustentável no atual quadro constitucional; b) há razões de apoio válidas e suficientes para que uma Constituição possa ser interpretada substantivamente, como um documento vivo que é

desenvolvimento da normatividade constitucional e de sua atualização⁵²², posto que ser leal à constituição não significa ser fiel a quem a elaborou, mas a quem a pratica e sobre quem se aplica, ou seja, à própria comunidade política. Objetivando a construção de uma ordem constitucional dotada de força projetante de futuro e que desempenhe a função de limitação do poder político⁵²³, é necessário que a teoria constitucional se adequue aos postulados do constitucionalismo democrático contemporâneo. As constituições mantêm uma relação paradoxal com o poder, pois o poder sustenta a aplicação do direito e, ao mesmo tempo, o direito constitucional limita o exercício do poder, até mesmo para garantir sua supremacia, atribuindo competências ao Poder Judiciário, com a finalidade de fiscalizar e excluir da ordem jurídica qualquer ato normativo que se manifeste incompatível com o seu paradigma constitucional. Mas acontece que a constituição não se esgota em seu texto normativo, já que ele apenas expressa o enunciado decorrente de determinado dispositivo que delimita a metodologia

desenvolvido e adaptado de acordo com as necessidades da sociedade e, em última análise, têm o direito comum como um limite interpretativo. O conceito de constituição viva não é estabelecido por Davis A. Strauss, mas por Howard Lee McBain, em *The living constitution*, publicado em 1948, cf. VALADEZ, Miguel Antonio Núñez. The living constitution (recensión). **Eunomia**, Madrid, set./fev. 2012, p. 196-201. Disponível em: <<https://goo.gl/8Vpuri>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 196. Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Originalism as a political practice: the right's living constitution. **Fordham Law Review**, vol. 75. p. 545-574. Disponível em: <<https://goo.gl/UTfX64>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

⁵²² SAGÜÉS, Néstor Pedro. Reflexiones sobre la constitución viviente (living constitution). **Dikaion**, Bogotá, jul. 2009, p. 1-18. Disponível em: <<https://goo.gl/vj7P1c>>. Acesso em: 19 ago. 2018. p. 5. Cf. VALADEZ, Miguel Antonio Núñez. The living constitution (recensión). **Eunomia**, Madrid, set./fev. 2012, p. 196-201. Disponível em: <<https://goo.gl/8Vpuri>>. Acesso em: 23 jul. 2018. Cf. CARBONELL, Miguel. La constitución viviente. **Isonomia**, Distrito Federal, out. 2011, p. 187-193. Disponível em: <<https://goo.gl/zT8Soe>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 155.

orientada à concretização da norma constitucional, em cotejo com o contexto social, histórico e político subjacentes⁵²⁴.

É necessário fomentar uma vontade de constituição⁵²⁵ efetivamente democrática, um sentimento constitucional idôneo a provocar a adesão racional, não apenas da teoria constitucional aos postulados de uma teoria constitucional democraticamente adequada, mas de todos os membros da comunidade política, de modo que possam desfrutar da condição de intérpretes da constituição em uma Sociedade aberta⁵²⁶, já que a constituição não se limita apenas a um conjunto de normas ou mero compêndio de regras, mas uma expressão de um determinado grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto representação próprio de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos⁵²⁷. No estado democrático de direito, a ciência jurídica não pode abrir mão da discutibilidade ótima dos seus resultados e de seus modos de fundamentação, especialmente pela via democrática⁵²⁸.

Na medida em que o direito constitucional se desenvolveu e assumiu proeminente lugar no cenário jurídico, também os tribunais

⁵²⁴ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 81-83. Cf. DANTAS, Miguel Calmon. Ode ou réquiem pela constituição dirigente? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/XH5QP1>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

⁵²⁵ Cf. HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

⁵²⁶ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁵²⁷ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000. p. 34. No original em espanhol: “*La Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos*”.

⁵²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 71.

constitucionais a ele atrelados, foram lentamente impulsionados a esse processo de reconhecimento e reforço das constituições. Sua presença é imprescindível, e suas funções estão sendo gradualmente alargadas. O tribunal constitucional é partícipe e garante do governo, da normatividade, da governabilidade e da constitucionalidade⁵²⁹. Os teóricos constitucionais são praticamente unânimes sobre a importância do elemento político na interpretação da constituição e, conseqüentemente, no papel político do tribunal constitucional, já que a constituição se destaca exatamente, no mundo jurídico, pela fórmula política que expressa⁵³⁰.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal permanece com a obrigação institucional de discernir e articular as razões da sua decisão de forma compreensível para o titular do poder constituinte. Esse compromisso, do tribunal constitucional e de cada um de seus membros, de proferir pronunciamentos simples, claros e inteligíveis, decorre da essência da própria atividade jurisdicional. Toda decisão judicial deve revelar, de forma explícita, as razões de consenso ou dissenso sobre a matéria em discussão nos autos. A função comunicativa do Poder Judiciário constitui preceito constitucional exigível por toda Sociedade, conforme expressamente previsto no texto da própria constituição (art. 93, IX, CRFB⁵³¹). No Brasil, a noção predominante e imposta pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, de que aquele tribunal é um congresso constituinte permanente ou, de que se havia uma constituição, era ela o que os juízes do tribunal afirmavam que fosse,

⁵²⁹ TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set. 2006, p. 19-47. Disponível em: <<https://goo.gl/7gD5iU>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 23.

⁵³⁰ VERDÚ, Pablo Luvas; CUEVAS, Pablo Lucas Murillo de la. **Manual de derecho político**: introducción y teoría del estado. Madrid: Tecnos, 1987. p. 230. Cf. FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set. 1996, p. 175-196. Disponível em: <<https://goo.gl/3LHxKy>>. Acesso em: 23 jul. 2018. Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. Lugar de la teoría de la constitución en el marco del derecho político. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, mar./abr 1973, p. 5-20. Disponível em: <<https://goo.gl/3ma74U>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Constituição). Disponível em: <<https://goo.gl/yuBwAV>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

colocando em destaque não apenas o *law making power* dos juízes no cumprimento normal de sua função de aplicar e integrar o direito na controvérsia, preenchendo os claros com seu poder normativo, mas relevando seu poder de criação do direito constitucional substantivo. Assim é que, dentre as funções de um tribunal constitucional em um estado democrático de direito, não constituem, de *per si*, um tema pacífico que não mereça análise, sendo muitas vezes sua atuação questionada, tendo em vista o processo democrático de elaboração legislativa. Tal questionamento, por outro lado, assinala a importância de democratização do controle de constitucionalidade, ressaltando a relevância da interação entre o Supremo Tribunal Federal e os cidadãos⁵³².

Um dos mitos do pensamento político, e também jurídico, do século XXI é a existência de uma inconciliável tensão entre constitucionalismo e democracia⁵³³. Entretanto, tal tensão não é verdadeira, muito pelo contrário, os dois sistemas se apoiam mutuamente. Nenhum detentor de poder é tão poderoso que dispense a colaboração voluntária dos membros mais fracos da Sociedade. Democracias bem desenvolvidas sempre foram e sempre permanecerão mais uma inspiração do que uma realidade, mas episódios genuinamente democráticos podem acontecer quando atores poderosos descobrem uma vantagem significativa na participação popular, na proteção das minorias e no debate sem censura⁵³⁴.

A classificação de um sistema político como constitucional democrático depende da ausência ou existência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político é distribuído entre aqueles que detém o poder, e através do qual os detentores de poder estão sujeitos a controle daqueles que se submetem ao exercício desse mesmo poder. A natureza humana, não pode esperar que os titulares do poder

⁵³² FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul./set. 1996, p. 175-196. Disponível em: <<https://goo.gl/3LHxKy>>. Acesso em: 23 jul. 2018. p. 177.

⁵³³ MIGUEL, Alfonso Ruiz. Constitucionalismo y democracia. **Isonomía**, Madrid, out. 2004, p. 51-84. Disponível em: <<https://goo.gl/eEK26B>>. Acesso em: 31 jul. 2018. p. 51-52.

⁵³⁴ HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional**: constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014. p. 579.

sejam capazes, por autolimitação voluntária, liberar os destinatários do poder e a si mesmos, do abuso do poder. Instituições para controlar o poder não nascem ou operam por si mesmas, mas devem ser criadas ordenadamente e incorporadas de forma consciente ao processo político. Uma Sociedade que concede e garante os direitos individuais, depende da existência de limites impostos aos que estão no poder. A melhor maneira de alcançar este objetivo será afirmando os freios que a Sociedade quer impor a quem está no poder como um sistema de regras fixas, denominado constituição, projetado para limitar o exercício do poder político. A constituição tornou-se assim o dispositivo fundamental para controlar o processo de poder⁵³⁵.

Tradicionalmente a atividade de atribuir o sentido final da constituição, de dar a palavra final na interpretação da constituição se dá entre o Poder Legislativo, caso da Inglaterra e da França, e entre o Poder Judiciário, caso do Brasil e dos Estados Unidos. O constitucionalismo democrático entende que uma categoria significativa está ausente nessa

⁵³⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986. p. 149-150. No original em espanhol: “*La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas – ‘la constitución’ – destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para control del proceso del poder*”.

díade, qual seja, o corpo de cidadãos que formam o estado, a parcela politicamente ativa da Sociedade. Apesar de ser a democracia o regime de governo mais utilizado na atualidade, e mesmo levando-se em conta os variados graus de acesso dos cidadãos à formação da vontade política do estado, raras são as oportunidades de se manifestar de forma efetiva o seu entendimento a respeito do significado constitucional. Regra geral a tarefa interpretativa é delegada a uma comunidade específica dentro da Sociedade (o Poder Legislativo ou o Poder judiciário), que se encastelam em seus palácios e dão as costas ao genuíno valor democrático que está insculpido no próprio texto constitucional.

Esse afastamento promove um gigantesco hiato entre a noção popular de constituição e aquela que os supremos magistrados ou representantes populares com assento nos parlamentos possuem. Esse distanciamento provoca um descompasso entre a realidade dos espaços públicos e os gabinetes, entre a população e os agentes do estado que deveriam, em tese, defender os interesses legítimos dessa mesma população. Essa questão pode ser analisada a partir da premissa de falta de representatividade do Poder legislativo e do Poder Judiciário na atualidade. A representatividade aqui deve ser compreendida não apenas como a defesa deste ou daquele segmento, mas como uma identidade comum nacional, uma vontade legítima, revelada, conhecida da Sociedade. Desde o momento em que a noção de superioridade normativa da constituição tomou lugar, a necessidade de um controle de constitucionalidade das leis em relação a sua adequação ou não aos comandos normativos hierarquicamente superiores contidos na norma constitucional ganhou relevância. Nos mais de dois séculos em que a filtragem das leis pela constituição vem ocorrendo (tomando por base o caso *Marbury vs. Madison*), verifica-se uma alternância entre o predomínio ora do Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, que representa, ao menos em tese, a escolha democrática da população e que, por isso, pode ser reconhecido como um poder representativo das mais diversas camadas que formam o que se conceitua pela categoria povo, ora pelo Poder Judiciário, que designa normalmente um poder não democrático (no sentido de não ser diretamente escolhido pela parcela da população com direito ao voto), com características marcadamente tecnicistas e, não raras vezes, apartadas dos verdadeiros interesses do corpo social.

Já se disse que a democracia não corresponde exclusivamente à regra da maioria, mas a uma democracia plural que procura conciliar o ideal de liberdade individual em que cada pessoa é autônoma na condução

de sua vida, e participação na definição das regras majoritárias que se aplicarão ao corpo social, implementadas por órgãos dotados de autoridade pública legítima. É dentro desta perspectiva que se buscará verificar as implicações das teorias constitucionais que fortalecem a atuação do povo como sujeito constitucional⁵³⁶. Em uma concepção de democracia radical não populista, ciente da falibilidade dos acordos majoritários, se acredita que todas as pessoas têm direito de participar da deliberação pública, mas que também não podem simplesmente sufocar direitos de grupos minoritários⁵³⁷.

A proposta a ser apresentada busca trazer à tona um poder muitas vezes esquecido no debate político-jurídico em torno do tema controle de constitucionalidade ou de quem deve guardar a constituição, isto é, o povo, no sentido que se lhe pode atribuir a partir da dicção do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição de 1988⁵³⁸, no qual se encontra expresso que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da constituição. Tendo por base a premissa estabelecida, busca-se propor um novo caminho na questão relativa a quem deve e pode, efetivamente, ser convidado a dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional: o próprio povo. Para isso serão apresentadas uma série de referências teóricas e práticas que autorizam, reforçando o debate democrático, que o povo expresse sua compreensão e alcance do texto constitucional, promovendo-o a principal intérprete da norma constitucional, submetendo as decisões dos poderes constituídos ao escrutínio popular.

Os juízes não são autoridades morais superiores para assinalar o sentido último das normas constitucionais. Complementando esta ideia, pode-se dizer que também os congressistas ou parlamentares, mesmo atuando na qualidade de representantes do povo, não são os melhores

⁵³⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 39-40.

⁵³⁷ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente ao gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período, 2011. p. 118.

⁵³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Constituição). Disponível em: <<https://goo.gl/yuBwAV>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

intérpretes constitucionais. A constituição é feita pelo povo e para o povo. Todo o poder dela emanado (inclusive os poderes constituídos) devem servir ao povo e não se servir do povo. Com base nesta premissa, deve o povo constituinte determinar o sentido da obra constituída, sendo o intérprete ou julgador em última instância dos possíveis significados constitucionais declarados em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Diversos instrumentos já previstos no texto constitucional, com as adequações legislativas necessárias permitiriam a concretização de um efetivo constrangimento democrático referendário da atribuição jurisdicional do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de forma a promover uma ampliação de legitimidade interpretativa constitucional e superar a barreira de mais de dois séculos entre Poder Legislativo e Poder Judiciário como intérpretes máximos (as vezes únicos) do texto constitucional. A estrutura dos poderes no Brasil, longe das referências simplistas às obras de Aristóteles ou de Montesquieu, revela um complexo normativo elaborado em momento de retomada democrática que necessitou da chancela judicial para prosseguir na empresa de inovar constitucionalmente e superar o texto de 1967, sendo possível extrair desse contexto político, histórico e jurídico, elementos que permitem melhor compreender os acontecimentos atuais, particularmente no que se refere a superioridade interpretativa da constituição.

De longos, acalorados e profundos debates no biênio 1987-1988, seguiu-se a formação de legislaturas pouco representativas dos interesses populares, mais preocupadas com questões fisiológicas do que com as grandes questões constitucionais deixadas para o legislador ordinário, as quais ainda precisam ser devidamente regulamentadas. A baixa representatividade legislativa pode ter sido um dos elementos fomentadores da postura ativista atualmente observada no Poder Judiciário. A postura ativista do Supremo Tribunal Federal alterou sua trajetória jurisprudencial a respeito das consequências jurídicas da inação legislativa e passou a utilizar a jurisdição como mecanismo de promoção, alteração e criação legislativa.

Embora se compreendam os tribunais constitucionais como guardiões da constituição e, conseqüentemente, da promessa constitucional que nela consta, torna-se necessário ressaltar o avanço do direito em relação a política, e do crescimento da importância e da autoridade do Poder Judiciário em prejuízo do Poder Legislativo. Esse

comportamento, que se caracteriza por um expansionismo das suas competências, um alargamento de seu espaço de atuação, um poder aparentemente sem limites, em que o intérprete constitucional cria e afirma seus próprios limites, ignorando toda a construção democrática de seus próprios poderes, usurpando uma função que mais do que pertence ao Congresso Nacional, como representante nacional do Poder Legislativo, pertence ao povo, que é quem autoriza o seu funcionamento e promulga a constituição, sendo seu primeiro e último titular. O expansionismo jurisdicional está vinculado a algumas características da Sociedade contemporânea, como o aumento da influência do mercado na Sociedade, a busca de um grau mais elevado de segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade que decisões pacificadas pelos tribunais proporcionam, ou então um reflexo da retração do espaço representativo, da incapacidade de concretização das demandas populares pelo Poder Legislativo, que não consegue aferir o verdadeiro significado da vontade democrática contida no meio social. A ampliação da atuação dos tribunais, particularmente da jurisdição constitucional evidencia um processo de hiperconstitucionalização da vida, o direito constitucional, a constituição e seus princípios e normas tornam-se mais do que cotidianos, tornam-se presentes de uma forma tão ampla na vida das pessoas, que surge a impressão equivocada de que o Supremo Tribunal Federal é o órgão mais capacitado para destrinchar questões de tamanha importância e relevância⁵³⁹.

O Poder Judiciário assumiu uma posição de destaque no cenário da interpretação última do significado da norma constitucional, sem que se tenha apresentado um modelo verdadeiramente democrático e participativo de interpor um anteparo ao exercício desta supremacia judicial pelo Supremo Tribunal Federal, como forma de promover e valorizar o princípio democrático consagrado no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição de 1988. A polarização de posições entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, cujas motivações ainda não podem ser precisadas, lançam algumas questões sobre a teoria da

⁵³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-463. Disponível em: <<http://goo.gl/7sIL7h>>. Acesso em: 04 dez. 2015. ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 512-513. p. 448.

separação de poderes e o papel dos tribunais constitucionais. O debate tem recebido progressivo espaço na mídia e tem sido conduzido com muita paixão por todos os envolvidos. Para além disso, surge a necessidade de uma reflexão sobre o papel da jurisdição constitucional e sobre os modelos de controle de constitucionalidade praticados pelas democracias contemporâneas, a fim de se considerar a possibilidade de novos arranjos institucionais que ressoem de forma adequada os valores relacionados com a participação popular⁵⁴⁰.

Mantidas as atuais condições, o Supremo Tribunal Federal passará a encarnar os valores constitucionais com exclusividade, o que não é razoável em uma democracia, fundamentada na cidadania e no pluralismo político. O tema da democracia e da jurisdição constitucional pode assumir intensidades variáveis de acordo com o contexto histórico-jurídico. Frequentemente os tribunais são acusados de subverterem a clássica separação de poderes, atuando como legisladores e, por isso, na seara política, a questão pode reportar-se à preponderância de um poder sobre o outro. Não sem razão, se diz com ironia que as cortes, poderiam aspirar a ser super-legisladores simplesmente porque são estão por cima. A parte outras questões, esta maneira de pensar, não é a da distinção dos poderes, mas a da indistinção e da prepotência de um poder sobre o outro⁵⁴¹. Diversa seria a disposição da realidade atual caso a posição que defende uma atuação discreta dos tribunais constitucionais, e que reconhece a primazia do legislador na interpretação das aspirações das comunidades políticas, fosse observada, com a possibilidade de o povo

⁵⁴⁰ ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 499.

⁵⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Distrito Federal, set./dez. 2006, p. 1.135-1.151. Disponível em: <<https://goo.gl/rX3jL4>>. Acesso em: 27 jul. 2018. p. 1.146. No original em espanhol: “*Las cortes, se ha dicho con ironía, podrían aspirar a ser super-legisladores simplemente porque ‘son super’ (están por encima). Aparte de otras cuestiones, este modo de pensar no es el de la distinción de los poderes, sino el de la indistinción y el de la prepotencia de uno sobre el outro*”. ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 500-501.

ser o intérprete final dessa disputa. Há um evidente distanciamento de qualquer forma de legitimação democrática da função dos tribunais constitucionais. Para uma concepção crítica de democracia, a forma mais autêntica e intensa de idolatria política se expressaria na máxima *vox populi, vox dei*⁵⁴².

A vulgata que se faz da democracia na atualidade é uma espécie de adulação interesseira, que traduz conceitos acrílicos do poder do povo. Sabe-se que o povo é limitado e falível, não possui qualidades sobre-humanas. Então como confiar na decisão de alguém quando se sabe que possui vícios e falhas? A democracia está fundamentada no fato de que as virtudes e os defeitos de um indivíduo são também de todos. Se todos são iguais nos vícios e nas virtudes, se não existe critério para estabelecer hierarquias de mérito ou demérito, não deveria haver a possibilidade de atribuir a autoridade a outrem senão a todos. A autoridade do povo não depende de suas virtudes, mas da insuperável falta de algo melhor. Mesmo que a democracia não seja a forma ideal de governo, ela deve ser organizada de modo a assegurar o máximo de legitimidade, consistente no máximo de participação popular e na proteção dos grupos minoritários. O valor democracia não nega a importância da jurisdição constitucional, em que a presença de um tribunal constitucional, como órgão contramajoritário, protege as minorias de eventuais desmandos de maiorias de ocasião. Mas não se trata de atividade simples, especialmente porque não é possível proteger as minorias sem cair em contradição, posto que, desta forma, as maiorias governam, mas a maioria não governa⁵⁴³.

⁵⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 129-130. ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 502.

⁵⁴³ ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. Cf. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 502-506. FILHO, Vladimir Brega; ALVES, Fernando de Brito. Termedorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas.

Em uma democracia, o papel do tribunal constitucional, não deve consistir na imposição ou criação de valores políticos substantivos, extraídos ou não da constituição (valores morais, por exemplo). O conteúdo da norma constitucional não é matéria de jurisdição constitucional, mas de legislação constitucional, atribuição do Poder Legislativo. Os tribunais constitucionais devem atuar como árbitros no processo de representação das democracias contemporâneas, para que as majorias não possam impor seus caprichos às minorias, este é o melhor sentido que se pode atribuir à jurisdição constitucional, o papel contramajoritário. Os tribunais constitucionais deveriam atuar de forma análoga ao que na área econômica se denomina antitruste, sem ditar valores, atuando somente quando os atores políticos agem continuamente de forma desregrada e sem conexão com o texto constitucional e os valores democráticos. Discordar dos resultados ou de determinadas políticas públicas, não são argumentos válidos para considerar as dificuldades políticas continuamente desregradas⁵⁴⁴.

A Constituição de 1988 incorporou alguns interesses corporativos antidemocráticos, exigindo que mudanças sociais significativas demandem a aprovação de emendas ao texto constitucional, tornando-a mais instável até que a legislação ordinária. De um ponto de vista do *design* institucional não há dúvida de que a constituição precisa de um certo esvaziamento de conteúdo (evidentemente que não daquele conteúdo relacionado aos direitos fundamentais)⁵⁴⁵. Mesmo com a constituição funcionando como instrumento político e jurídico de limitação dos poderes, uma crise de autoridade chegou ao Supremo Tribunal Federal nos anos 2010, fazendo com que deixasse de ser percebido como um reservatório da moralidade democrática para se tornar cada vez mais, causa da crise política, gastando o capital político que detinha em um processo acelerado pelas divisões internas e disputas públicas, algumas que culminaram em calorosas e nada republicanas

Revista Brasileira de Direito, jan./jun. 2015, p. 124-134. Disponível em: <<https://goo.gl/b8BJok>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 128.

⁵⁴⁴ ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 507-510.

⁵⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 189.

discussões, transmitidas ao vivo pela TV Justiça. Com isso, se assiste a um Supremo Tribunal Federal que passa a ter dificuldades para enfrentar os demais poderes da república e a própria Sociedade. Não se trata apenas de uma dificuldade jurídica, já que o problema não reside na parte técnica dos argumentos apresentados pelos seus ministros, mas pelo contrário, tem-se a impressão de que os próprios ministros se deram conta de que a força de suas decisões não se origina mais de seus argumentos jurídicos, passando a fundamentar seu posicionamento e decisões em discursos políticos. Nesse jogo político, o Supremo Tribunal Federal não tem como ser bom, porque é menos habilidoso politicamente do que os outros poderes e também porque a autoridade política está associada à popularidade e atender à vontade das maiorias. O Supremo Tribunal Federal entra nesse jogo para jogar mal e, além disso, deixa de fazer seu trabalho, que é aplicar a constituição e as leis. Desta forma, para que volte a ser Supremo, é preciso primeiro que volte a ser um tribunal⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ GLEZER, Rubens. O supremo submisso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 jun. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/FNEjid>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

9. ALTERNATIVAS CONSTITUCIONAIS

Com amparo nas digressões teóricas realizadas, pretende-se neste capítulo discorrer sobre as correntes do constitucionalismo contemporâneo que defendem a possibilidade de uma maior interação democrática na atividade de interpretação constitucional, com menor utilização do *judicial review*, assim como destacar as possíveis conexões e aproximações do cenário político-jurídico brasileiro com essas teorias, de modo a permitir o delineamento de uma proposta teórica que congregue a possibilidade de transição de uma supremacia judicial para uma supremacia constitucional, com elementos dialógicos, populares e democráticos, sem excluir a possibilidade de um exercício fraco no âmbito da jurisdição constitucional

Entre os posicionamentos do constitucionalismo contemporâneo crítico ao *judicial review*, verifica-se uma tendência ao constrangimento (*constrained*) dos tribunais constitucionais, possuindo como principais correntes o constitucionalismo fraco (*weakforms of judicial review*), o constitucionalismo dialógico, o constitucionalismo popular, o minimalismo constitucional, o departamentalismo e o constitucionalismo democrático. Tratam-se de teorias que desafiam tanto a supremacia legislativa como a judicial e adotam uma posição mais ou menos intermediária, que concede aos tribunais constitucionais um privilégio, mas não o papel supremo na interpretação da constituição⁵⁴⁷.

A expressão constitucionalismo fraco foi proposta por Joel Colón-Rios para designar um modelo de concepção forte e participativa, aberta a mudanças a partir de processos deliberativos democráticos, com ampla participação popular. A constituição, nesse caso, é um documento de resultado inconclusivo, dependente da deliberação democrática popular,

⁵⁴⁷ HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, out. 2012, p. 950-975. Disponível em: <<https://goo.gl/sFkRdC>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 950. No original em inglês: “*These theories, which include popular constitutionalism, departmentalism, and weak judicial review, challenge both legislative and judicial supremacy and adopt an intermediate position that grants courts a privileged but not supreme role in interpreting the Constitution*”.

sempre sujeito a reformas que atendam aos interesses mais legítimos da população. Não serão juízes segregados em tribunais constitucionais as autoridades finais a ditar o sentido da norma constitucional, e sim o povo, que pode alterar a constituição, ou até instituir uma nova, não como uma ameaça aos direitos conquistados, mas como forma de adequação aos valores existentes na Sociedade⁵⁴⁸. O constitucionalismo fraco não pretende resolver a tensão existente entre as normas constitucionais e a vontade majoritária, pois deixa as normas constitucionais completamente abertas à redefinição de sentido pelo exercício do poder democrático popular. A atuação democrática, nesse caso, não se resume apenas ao funcionamento de instituições democráticas, como o Poder Legislativo e os partidos políticos. Essas instituições se aplicam à solução das questões cotidianas, mas não na definição dos rumos constitucionais, para os quais o povo deve ser diretamente consultado. O ideal para Colón-Ríos é que essa participação democrática não se resuma a um referendo ou plebiscito em que a população consultada apenas se manifesta sobre propostas já formuladas, mas exige verdadeira deliberação, debate e apresentação de propostas diretamente pelo povo⁵⁴⁹.

O constitucionalismo fraco se viabiliza a partir de uma cidadania forte, na qual os indivíduos deixam de ser meros espectadores do fenômeno constitucional para se tornarem os verdadeiros autores do processo de construção do sentido constitucional, mediante diversos mecanismos de participação democrática. Somente com a participação popular é que poderá haver verdadeira democracia, pois é ela quem respeita a igualdade de todos os cidadãos ao reconhecer sua capacidade de governarem a si próprios, decidindo questões substanciais para sua existência⁵⁵⁰. O constitucionalismo fraco caracteriza-se por um sistema

⁵⁴⁸ COLÓN-RÍOS, Joel I. The end of the constitutionalism-democracy debate. **Comparative Research in Law and Political Economy**, Wellington, 2009, p. 1-37. Disponível em: <<https://goo.gl/x4Bhi5>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 19.

⁵⁴⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 42.

⁵⁵⁰ COLÓN-RÍOS, Joel I. The end of the constitutionalism-democracy debate. **Comparative Research in Law and Political Economy**, Wellington, 2009, p. 1-37. Disponível em: <<https://goo.gl/x4Bhi5>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 17-23. SULTANY, Nimer. The state of

jurisdicional constitucional no qual os tribunais constitucionais podem ter suas decisões revistas pelo Poder Legislativo, com base em processos semelhantes ao do processo legislativo ordinário. A principal diferença entre um constitucionalismo fraco e um forte, encontra-se na definitividade da decisão conferida ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. No constitucionalismo fraco, a Sociedade, representada por seus cidadãos-eleitores, pode e deve influenciar mais diretamente na construção interpretativa do significado constitucional, apresentando alternativas às sugeridas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário em suas decisões, consolidando uma interpretação constitucional mais democrática, aberta e duradoura⁵⁵¹.

Mark Tushnet acredita na possibilidade de um sistema misto, em que o constitucionalismo forte seria utilizado nas hipóteses de violação a valores constitucionais substantivos, e o constitucionalismo fraco nas demandas que versem sobre normas apenas formalmente constitucionais. A ideia oferece algumas dificuldades, entre elas, a dificuldade em distinguir quais as normas deveriam ser protegidas e decididas pelo constitucionalismo forte e quais pelo constitucionalismo fraco, já que tanto as normas materiais como as formas estão na constituição. Outra questão, menos provável, seria a possibilidade de inobservância pelos tribunais de suas responsabilidades interpretativas, nas matérias sujeitas ao controle fraco, ou a possibilidade de o Poder Legislativo desconsiderar as decisões dos tribunais constitucionais, nas matérias passíveis de serem alteradas posteriormente pelo Poder Legislativo⁵⁵². No que diz respeito a

progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, jul. 2016, p. 371-455. Disponível em: <<https://goo.gl/LeNq37>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 423. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 43.

⁵⁵¹ COLÓN-RÍOS, Joel I. The end of the constitutionalism-democracy debate. **Comparative Research in Law and Political Economy**, Wellington, 2009, p. 1-37. Disponível em: <<https://goo.gl/x4Bhi5>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 23.

⁵⁵² ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524.

possibilidade de os tribunais não cumprirem suas responsabilidades, são frágeis os indícios que sustentam essa tese, especialmente pelo fato de que os tribunais constitucionais, ao contrário de reduzirem suas responsabilidades, caminham em direção inversa, de modo que não é razoável supor uma renúncia espontânea de suas prerrogativas. A objeção de que o Poder Legislativo poderia desconsiderar a interpretação dos tribunais constitucionais, não encontra fortes subsídios, principalmente se considerado que a sua atuação estará sujeita ao controle jurisdicional, especialmente nos casos de violação da separação dos poderes. As objeções pretendem fortalecer a tese do *judicial review*, evitando que ocorra uma reflexão sobre o papel dos tribunais constitucionais em contextos democráticos e se discuta a abertura do processo de interpretação constitucional à Sociedade⁵⁵³.

Jeremy Waldron defende a tese que atribuir com exclusividade aos tribunais constitucionais a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis e decidir sobre controvérsias morais, é desprezar o sentido primordial da democracia, que consiste na inexistência de hierarquia entre os integrantes da comunidade política. Por isso é necessário maximizar o direito de participação, que permite a todos se realizarem igualmente como sujeitos autônomos em votação pública. Os tribunais constitucionais não podem ser identificados como os únicos guardiões verdadeiros da constituição, pois conferir-lhes esta autoridade representa, implicitamente, desacreditar a soberania popular⁵⁵⁴. Os teóricos constitucionais enfrentam dificuldades ao elaborar mecanismos que aliviem a tensão entre os poderes, pensar em controle de constitucionalidade implica fazê-lo a partir do modelo forte

Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. Cf. TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law review**, Ann Arbor, ago. 2003, p. 2.781-2.802. Disponível em: <<https://goo.gl/vDVZ6n>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 514-515.

⁵⁵³ ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 518.

⁵⁵⁴ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Nova York: Oxford University Press, 1999. ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 519.

estadunidense, com supremacia judicial. Uma verdadeira inovação no desenho constitucional aconteceu com a constituição do Canadá, cuja cláusula não obstante (*notwithstanding clause*) apresentou um modelo fraco de *judicial review*, em aspectos semelhantes ao planejado pelos fundadores em termos fracos, como em *Marbury vs. Madison*, mas que com o passar do tempo, as transformações do *judicial review* levaram ao seu gradual fortalecimento, estabelecendo as bases do constitucionalismo forte, de maneira que o constitucionalismo fraco precisou ser revisitado pelos canadenses no final do século XX. No constitucionalismo fraco, o tribunal constitucional é competente para avaliar a adequação de toda legislação em relação aos dispositivos constitucionais, mas sua principal característica é permitir à maioria legislativa a reversão das decisões judiciais⁵⁵⁵. Em síntese, a proposta do constitucionalismo fraco é reduzir o poder que os tribunais constitucionais desfrutam na atualidade, por meio da exclusão de matérias que poderiam ser objeto de análise pelo *judicial review*.

Diante da possibilidade concreta de que tribunais constitucionais e parlamentos possuam um desacordo razoável a respeito de valores políticos significativos e, especificamente, sobre a compatibilidade entre lei ordinária e constituição, o constitucionalismo dialógico apresenta algumas vantagens em relação ao constitucionalismo fraco, ao permitir o Poder Judiciário informar o Poder Legislativo sobre sua interpretação do texto constitucional e, também, autorizar o Poder Legislativo a responder e atuar segundo sua própria interpretação, mas agora subsidiado pelos argumentos apresentados na decisão emanada pelo Poder Judiciário sobre aspectos constitucionais que talvez faltassem ao debate no Poder Legislativo. No constitucionalismo dialógico se permite que o Poder Legislativo tome decisões constitucionais, sem que lhe seja retirada a possibilidade de reeditá-las caso o tribunal constitucional conclua por sua

⁵⁵⁵ KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, 2015, p. 107-132. Disponível em: <<https://goo.gl/rJT49K>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 122-123. TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor ago. 2003, p. 2.781-2.802. Disponível em: <<https://goo.gl/vDVZ6n>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 2786. No original em inglês: “*Weak-form review responds to the concern that strong-form review allows courts with an attenuated democratic pedigree to displace decisions taken by bodies with stronger democratic pedigrees*”.

inadequação ou inconsistência, beneficiando tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário, ao substituir o modelo americano de monólogo jurisdicional e supremacia judicial⁵⁵⁶.

O constitucionalismo dialógico ou constitucionalismo da *commonwealth*, faz uma referência à ideia de diálogo institucional, diálogo entre os poderes, mais especificamente, entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, e descreve a experiência dos canadenses, que estabeleceram constitucionalmente a necessidade de um diálogo entre os poderes a respeito do significado que se deve atribuir à constituição. A denominação constitucionalismo dialógico foi introduzida por Peter Hogg e Allison Bushell⁵⁵⁷. Cuida-se de um tipo de constitucionalismo fraco, porque o tribunal constitucional possui uma palavra quanto ao controle de constitucionalidade, mas não a última. O diálogo entre os poderes mitiga tanto a supremacia judicial quanto a supremacia parlamentar, chegando a ser referida como capaz de conciliar o melhor dos dois mundos⁵⁵⁸. Sua principal característica é não privilegiar nem o

⁵⁵⁶ GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, out. 2001, p. 707-760. Disponível em: <<https://goo.gl/kSmLrv>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 724. No original em inglês: “*In this way, beneficial dialogue between courts and legislatures would replace the American model’s judicial monologue. Checks and balances would be imported into the very function of rights protection*”. KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, 2015, p. 107-132. Disponível em: <<https://goo.gl/rJT49K>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 125.

⁵⁵⁷ Cf. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn’t such a bad thing afterall. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, primavera, 1997, p. 75-124. Disponível em: <<https://goo.gl/VLffQr>>. Acesso em: 26 jul. 2018. Cf. GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, out. 2001, p. 707-760. Disponível em: <<https://goo.gl/kSmLrv>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁵⁵⁸ PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Público**, jan 2011, p. 25-57. Disponível em: <<https://goo.gl/eKC6qz>>. Acesso em: 26 jul. 2018. p. 54-55. Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a Constituição

tribunal constitucional, nem o parlamento, mas o diálogo entre esses poderes. Até 1982, o Canadá era regido pela legislação britânica, com a nacionalização da constituição canadense, ocorreu uma oportunidade para demarcar a identidade cultural do país, assumindo seu caráter multiculturalista. Entretanto houve resistência das províncias canadenses e duas restrições foram aprovadas, a primeira foi a inclusão de uma cláusula de limitações gerais de proteção aos direitos humanos, e outra que acrescentou a cláusula não obstante. A *notwithstanding clause* constitui verdadeira conciliação entre as tradições políticas canadenses, combinando a tradição britânica da soberania parlamentar com a tradição norte-americana de supremacia judicial, sem dar primazia a nenhuma delas⁵⁵⁹.

No contexto do constitucionalismo diálogo, em que a decisão judicial permitiria a suscitação de uma resposta consciente do Poder Legislativo, o *judicial review* não é exercido na condição de um veto, de um impedimento à atuação legislativa. A declaração de inconstitucionalidade, ao invés de pôr termo ao plano legislativo, daria início a uma comunicação entre os poderes, vez que o Poder Legislativo poderia apreciar e refletir sobre os argumentos apresentados pelo Poder Judiciário e, deste modo, conciliar objetivos políticos e jurídicos. Seria como uma última palavra provisória, em que tanto o Poder Judiciário como o Poder Legislativo possuiriam legitimidade para serem ativistas, desde que comprometidos com o processo de diálogo e convencimento recíproco. A supressão do poder de dar a última palavra a respeito do sentido da constituição, manteria os canais de diálogo em permanente contato, reiniciando o debate decisório com o ônus argumentativo do poder cuja decisão foi substituída. Poder Judiciário e Poder Legislativo possuem expertises distintas, e analisam a mesma questão política por um viés próprio. Para instituir um diálogo democrático e evitar o monólogo da supremacia parlamentar ou judicial, seria indispensável que ambos os poderes se mantenham comedidos sobre a superioridade do respectivo julgamento e respeitosos frente à interpretação do outro. O *judicial review* deixaria de ser visto como atividade contramajoritária, desempenhada por

brasileira de 1937. **Revista de Direito Público**, jan. 2011, p. 58-66. Disponível em: <<https://goo.gl/GNMFYL>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁵⁵⁹ KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, 2015, p. 107-132. Disponível em: <<https://goo.gl/rJT49K>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 121-122.

juízes alheios ao contexto político e social em que inseridos, mas sim como uma atividade que promove a comunicação e deliberação os poderes⁵⁶⁰.

O constitucionalismo dialógico se traduz e mecanismo de interação e cooperação de dois ou mais poderes do estado para fins de resolução de controvérsias sem que haja a predefinição da supremacia da atividade decisória de qualquer desses poderes. Fica a meio termo entre o *judicial review* e a soberania parlamentar, na medida em que esvazia a supremacia judicial ou parlamentar, promovendo uma necessária atuação dialógica para fixação de sentido da constituição, revelando-se uma experiência constitucional alternativa à afirmação outrora considerada irreversível de que a supremacia judicial seria um caminho sem volta. Pelo contrário, a busca por soluções que resgatem a atuação cooperativa entre as instituições e a dignidade do Poder Legislativo são realidades indisfarçáveis de países com destacado histórico constitucional⁵⁶¹. O constitucionalismo dialógico constitui uma modalidade do constitucionalismo fraco, no qual não se desmerece a importância do Poder Judiciário diante de sua vocação para intérprete da constituição. Todavia, essa prerrogativa não lhe é conferida de forma exclusiva e final, não ocorrendo a fixação de uma soberania parlamentar, mas sim uma deferência ao Poder Legislativo que pode, em certas circunstâncias, ser prevalente à orientação firmada pelo Poder Judiciário. A tensão entre constitucionalismo e democracia se resolveria por meio de uma proposta de diálogo, em que o sentido da constituição emerge de uma negociação dialógica entre tribunal e parlamento, de modo que a interpretação constitucional resultante desse processo, atenderia a vontade da maioria,

⁵⁶⁰ SIEGEL, Reva. Constitutional culture, social movement and constitutional change: the case of the de facto ERA. **California Law Review**, Berkeley, out. 2006, p. 1.323-1.419. Disponível em: <<https://goo.gl/xWnim5>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 1.325. KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Seqüência**, Florianópolis, 2015, p. 107-132. Disponível em: <<https://goo.gl/rJT49K>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 126.

⁵⁶¹ A respeito da utilização do constitucionalismo dialógico no Canadá, Inglaterra e Israel, DIAS JUNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. p. 77-96.

representada pelo Poder Legislativo, mas ao mesmo tempo, seria assegurada a integridade jurídica (papel contramajoritário) dos direitos fundamentais, pelo Poder Judiciário⁵⁶². No dizer de Alon Harel e Adam Shinar, o constrangimento do *judicial review* difere tanto da supremacia legislativa quanto da supremacia judicial, porque rejeita ambas⁵⁶³.

Cass R. Sunstein defende uma teoria diferenciada, denominada minimalismo, partindo da premissa de que a maioria das pessoas, quando confrontadas com uma decisão difícil, geralmente age de forma minimalista, preferindo pequenos passos ao invés de comportamentos mais ambiciosos. Os minimalistas agem de uma forma superficial, sem se preocupar com decisões profundas ou de longo prazo, querem encontrar uma solução para o problema atual, por isso se diz que procedem de maneira estreita, em vez de ampla. O minimalismo se caracteriza pela superficialidade e estreiteza, o que poderia fornecer um grande auxílio em situações difíceis (*hard cases*)⁵⁶⁴, mas não se coloca ao lado do

⁵⁶² OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 50.

⁵⁶³ HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, out. 2012, p. 950-975. Disponível em: <<https://goo.gl/sFkRdC>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 951. No original em inglês: “*Constrained judicial review differs both from legislative supremacy and from judicial supremacy. On the one hand, theories of constrained judicial review reject legislative supremacy, as these theories affirm that courts have a privileged status in interpreting the Constitution. However, these theories also reject judicial supremacy, as they maintain that judicial constitutional privileges should be constrained and greater constitutional responsibilities ought to be given to non-adjudicative institutions, e.g., the legislature or even the executive*”. DIAS JUNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. p. 92.

⁵⁶⁴ SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Harvard Public Law Working Paper**, Cambridge, 25 set. 2008, p. 1-25. Disponível em: <<https://goo.gl/HMPSmc>>. Acesso em: 04 ago. 2018. p. 2. No original

constitucionalismo democrático, apresentando uma teoria mais deferente para com juízes nas questões controversas, de alta indagação, por considerar que os juízes devem aplicar a constituição da forma superficial e estreita, com o objetivo concreto de resolver a lide, sem adentrar em aspectos não diretamente relacionados ao caso *sub judice*. Na verdade, o minimalismo corresponde a uma prática quase omissiva, refratária do tribunal constitucional às questões controversas, sem ofender o povo na dimensão de seus valores e tradições, que não devem ser objeto de análise no espaço da jurisdição constitucional⁵⁶⁵.

Cass R. Sunstein também discorre sobre a *constitution of many minds*⁵⁶⁶, a partir da noção de que quando muitas pessoas pensam a

em inglês: “*When people are confronted with a difficult decision, they often move in the direction of minimalism. Minimalists prefer modest steps over ambitious ones. This preference operates along two distinct dimensions. First, minimalists want to proceed in a way that is shallow rather than deep. In deciding what to do with a relationship or a medical problem, minimalists want to leave the foundational issues undecided. They want to decide what to do, today or tomorrow or next month, without resolving the deepest questions, or without accepting some large account of how the relationship or the problem should be handled. Second, minimalists want to proceed in way that is narrow rather than wide. They want to decide what to do about next month’s vacation, or a current problem in the workplace, without deciding how to handle many future vacations, or what to do about problems in the workplace in general. In ordinary life, minimalism, in the form of shallowness and narrowness, can provide a great deal of help with difficult situations. Sensible people often take small steps for that reason*”. Cf. SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

⁵⁶⁵ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutions and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42. p. 373-433. Disponível em: <<https://goo.gl/kWNrck>>. Acesso em: 13 fev. 2018. p. 31-32. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 52-53.

⁵⁶⁶ SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Nova Jersey: Princeton

respeito de algo, seu ponto de vista deve ser levado em consideração nos momentos de interpretação da constituição, interpretação esta que não pode se restringir apenas ao Poder Judiciário, mas deve envolver a opinião de toda a Sociedade democrática, sendo necessário incorporar as considerações públicas relevantes em relação as decisões dos tribunais. Cass R. Sunstein recorre à divergência entre James Madison e Thomas Jefferson, ocorrida nos primórdios da aprovação da constituição americana, acerca do processo de alteração constitucional. Enquanto para James Madison as mudanças constitucionais poderiam ocorrer apenas em situações extraordinárias, para Thomas Jefferson uma constituição deveria ser repensada pelas muitas opiniões de cada geração e, dessa forma, estar sempre aberta a reformas. Parece haver um consenso na Sociedade americana de que James Madison estava certo e Thomas Jefferson estava errado, e os Estados Unidos têm sido governado pela mais antiga constituição existente, que sofreu poucas modificações ao longo de mais de duzentos anos. Mas essa estabilidade constitucional seria um mito e, na prática, ocorreria aquilo uma espécie de “vingança de Jefferson”, ou seja, a constituição americana sofre frequentes reformulações, não por meio de emendas constitucionais, mas por meio de práticas sociais e interpretações que tornam a constituição atual muito diferente daquela erigida pelos pais fundadores. Corroborar a tese da influência do *many minds argument* no processo de interpretação constitucional, o teorema do júri de Condorcet⁵⁶⁷, segundo o qual grupos

University Press, 2009. p. 725. No original em inglês: “*The Lecture does not use the concept of constitutional culture as some in constitutional theory employ it: as social values relevant to matters of constitutional law that an official engaged in responsive interpretation incorporates into the fabric of constitutional law. Rather than focus on officials as change-agents, I employ the concept of constitutional culture to explore how changes in constitutional understanding emerge from the interaction of citizens and officials. In this usage, constitutional culture shapes both popular and professional claims about the Constitution and enables the forms of communication and deliberative engagement among citizens and officials that dynamically sustain the Constitution's democratic authority in history*”.

⁵⁶⁷ Cf. AUSTEN-SMITH, David; BANKS, Jeffrey S. Information aggregation, rationality, and the Condorcet jury theorem. **American Political Science Review**, Cambridge, mar. 1996, p. 34-45. Disponível em: <<https://goo.gl/d84Qu5>>. Acesso em: 25 jul. 2018. Cf. REIS, Lucas

agirão melhor do que indivíduos, e grandes grupos melhor do que pequenos grupos, desde que observada a regra da maioria e quando for mais provável que cada indivíduo não esteja certo⁵⁶⁸.

Promovendo uma defesa firme da participação popular na interpretação da constituição, com pouca ou nenhuma deferência para com os tribunais constitucionais, o constitucionalismo popular se reúne em torno da ideia de que o melhor desenho constitucional exige uma interpretação popular da constituição, e não uma interpretação legislativa ou jurisdicional, se posicionando criticamente em relação ao *judicial review*, propondo, inclusive, o seu fim. Mark Tushnet, em *Taking the constitution away from the courts*⁵⁶⁹, propõe retirar dos tribunais a possibilidade de declarar inconstitucionais as leis produzidas pelo Poder Legislativo. Autores como Larry Kramer e Jeremy Waldron também questionam o *judicial review* e defendem o exercício de um papel bem menos destacado da jurisdição constitucional. O constitucionalismo popular reverbera a ideia de que as pessoas, e não os juízes ou deputados e senadores é que devem interpretar a constituição⁵⁷⁰. Trata-se de um

de Moura. **Agentes racionais e o teorema do júri**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2008.

⁵⁶⁸ CONSANI, Cristina Foroni. A constitution of many minds (resenha). **Filosofia UNISINOS**, Porto Alegre, set./dez. 2010, p. 343-347. Disponível em: <<https://goo.gl/KA1nLg>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 344.

⁵⁶⁹ Cf. TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

⁵⁷⁰ CHEMERINSKI, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. **University of Illinois Law review**, Champaign, 2004, p. 673-690. Disponível em: <<https://goo.gl/2pGJty>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 675. No original em inglês: “*Meanwhile, some progressives are already turning against the courts. In the last several years, the trendiest development in constitutional scholarship has prominent progressive scholars arguing against judicial review. Mark Tushnet’s stunning book, Taking the Constitution away from the Courts, argues for the elimination of the authority for courts to invalidate legislative and executive decisions. Other prominent scholars, including Larry Kramer, Richard Parker, and Jeremy Waldon, have also argued against judicial review and for a far more modest role for the courts. This body of scholarship has acquired the label ‘popular constitutionalism’, reflecting the notion of people – not judges – interpreting the Constitution*”.

debate que busca reconciliar a interpretação constitucional com o sistema democrático de tomada de decisões, revisitando um vocabulário político orientado pelo autogoverno e pela cidadania⁵⁷¹.

O constitucionalismo popular desafia a definição fácil. Mesmo que existam várias vertentes do constitucionalismo popular, seus principais teóricos compartilham um atributo-chave, o de que o povo e seus representantes eleitos, devem desempenhar um papel contínuo na formação do significado constitucional⁵⁷². Mark Tushnet acredita que o *judicial review* se revelou incapaz de garantir os direitos constitucionais eventualmente em perigo⁵⁷³. Larry Kramer defende que somente uma mobilização política popular seria capaz de promover os ajustes constitucionais necessários, que ele denomina de *thin constitution*⁵⁷⁴, desempenhando duas ações, destacando os princípios norteadores da interpretação constitucional e provocando o procedimento deliberativo e democrático⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 14. Cf. TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

⁵⁷² Cf. DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018. Cf. POZEN, David E. Judicial elections as popular constitutionalism. **Columbia Law Review**, Nova York, nov. 2010, p. 2.047-2.134. Disponível em: <<https://goo.gl/R7C6kM>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁷³ TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 12. No original em inglês: “*The thin Constitution protects rights that it has taken centuries of struggle for people to appreciate as truly fundamental*”.

⁵⁷⁴ Por *thin constitution* deve-se entender não os dispositivos contidos no texto constitucional, mas os valores mais arraigados da cultura constitucional, especialmente aqueles relacionados a liberdade, igualdade e liberdade de expressão. Cf. LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

⁵⁷⁵ Cf. KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Nova York: Oxford University Press, 2004. Cf. KRAMER, Larry D. *The interest of the man*: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative

Mark Tushnet orienta sua teoria para um mundo sem *judicial review* e sem supremacia judicial⁵⁷⁶. Segundo ele, o melhor desenho institucional demanda que todos os poderes do estado atuem de um modo tal que possam assegurar que as leis sejam aplicadas e observadas de forma aceitável e desejável pelas instituições públicas e privadas, sem necessitar de nenhuma forma de supremacia judicial, pois, como questionou Jeremy Waldron, que razão a Sociedade pode ter para acreditar que uma regra de deferência aos tribunais constitucionais, formados por pessoas que são substituídas em intervalos aleatórios, produz mais estabilidade do que uma regra de deferência ao julgamentos da maioria das pessoas ou dos deputados e senadores?⁵⁷⁷. O constitucionalismo popular teria predominado durante o período da experiência colonial norte-americana e no constitucionalismo que vigorou durante o período da fundação. Sugere que há um sentimento antipopular no pensamento constitucional contemporâneo, mas ressalta a existência de uma experiência democrática perdida na história norte-americana, da qual o povo foi titular da última palavra na interpretação da

democracy. **Valparaiso University Law review**, Valparaiso, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁵⁷⁶ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes: a escolha do constitucionalismo popular**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 54.

⁵⁷⁷ TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 28-29. No original em inglês: “*What, then, does ‘good institutional design’ require in the way of institutions to ensure the degree of stability sufficient to guarantee that law’s settlement function will be performed acceptably across institutions and over time? It almost certainly does not require judicial supremacy in any strong form. As Jeremy Waldron has put it, what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?*”. Cf. SPINDELMAN, Marc. Progressive constitutionalism considered. Symposium: reflections on progressive constitutionalism: theory, practice and critique. **Ohio State Law Journal**, Columbus, 2011, p. 1.069-1.072. Disponível em: <<https://goo.gl/nH5jCn>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

constituição⁵⁷⁸. O constitucionalismo popular não implica propriamente uma teoria, mas um fenômeno histórico, desconhecido da contemporaneidade, que teria se estendido até a meados do século XIX, quando o próprio povo teria interpretado o texto constitucional⁵⁷⁹. O constitucionalismo hoje dominante consolidou-se com as transformações ocorridas no século XIX, relacionadas à progressiva profissionalização e especialização do saber jurídico⁵⁸⁰.

A ideia de delegar a interpretação final da constituição a um dos poderes constituídos teve origem em uma cultura do direito ordinário, não à do constitucionalismo popular. O departamentalismo representou então a afirmação da cultura jurídica no novo arranjo institucional e político, no qual a autoridade suprema ainda residiria nas mãos da comunidade, mas cada ramo dos poderes constituídos poderia expressar seu ponto de vista constitucional, com o Poder Legislativo promulgando leis, o Poder Executivo, vetando-as, e o Poder Judiciário, revendo-as. Mas nenhuma das opiniões dos poderes constituídos era final. Eram ações de poderes do estado que se esforçavam para seguir a lei que os governava, sujeitas à supervisão contínua de seu superior comum, o próprio povo⁵⁸¹.

A emergência de uma cultura democrática, o surgimento de um espaço de opinião pública e o controle popular do sentido da constituição passou a ser objeto de repúdio pelo pensamento político. Por essa razão,

⁵⁷⁸ KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 65.

⁵⁷⁹ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 25.

⁵⁸⁰ KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 145-169.

⁵⁸¹ KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 109. No original em inglês: *“Within this new political culture, the departmental theory made perfect sense. Each branch could express its views as issues came before it in the ordinary course of business: the legislature by enacting laws, the executive by vetoing them, the judiciary by reviewing them. But none of the branches’ views were final or authoritative. They were the actions of regulated entities striving to follow the law that governed them, subject to ongoing supervision by their common superior, the people themselves”*.

no início do século XIX, a ideia de opinião pública soma-se à de soberania popular, que trabalharia para assegurar o governo, ao invés de prejudicar o governo, mas somente se e enquanto o público fosse guiado pelo uso da razão⁵⁸². Ao interpretar o departamentalismo à luz dos valores do constitucionalismo popular, Larry Kramer afirma que o departamentalismo situa sua análise no contexto da separação de poderes, em vez do constitucionalismo popular, questionando a ausência de regras claras a respeito de como as funções constitucionalmente atribuídas e as capacidades interpretativas distintas dos três ramos do governo federal devem ser coordenadas⁵⁸³.

No constitucionalismo popular, de acordo com James Madison, o papel reservado ao povo é o de supremo guardião da constituição e de sua própria liberdade. Em diálogo fictício publicado em dezembro de 1792, entre uma personagem denominada Republicano e outro denominado Antirrepublicano, à pergunta “Quem é o melhor guardião das liberdades do povo?”, o Republicano responde: “O próprio povo. A sagrada confiança não pode ser tão segura como nas mãos mais interessadas em preservá-la”. O Antirrepublicano refuta, afirmando que o povo é estúpido, desconfiado e licencioso, que não podem confiar com segurança em si mesmos. Quando estabelecerem o governo, não devem pensar em nada além de obediência, deixando o cuidado de suas liberdades para seus governantes mais sábios. O Republicano encerra a discussão afirmando que a essência da constituição está no povo, e não no governo, e a arte

⁵⁸² KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 114. No original em inglês: “*On the other hand, public opinion would work to secure rather than undermine republican government only if and for so long as the public was guided by reason*”.

⁵⁸³ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, Bekerley, 2004, p. 1027-1043. Disponível em: <<https://goo.gl/zgZDxo>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 1.032-1.033. No original em inglês: “*By interpreting departmentalism in light of the values of popular constitutionalism, Kramer takes departmentalism to conclusions with which many departmentalists would disagree. Most theorists of departmentalism situate their analysis in the context of separation of powers, rather than popular constitutionalism. They frame their work by asking how the constitutionally assigned functions and distinctive interpretative capacities of the three branches of the federal government should be coordinated*”.

secreta está em restringir essa tendência, aumentando o atraente princípio do governo com todo o peso que pode ser acrescentado a ele, pois seria uma perversão da ordem natural das coisas tornar o poder o objeto principal e central do sistema social e a liberdade o seu satélite⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ KRAMER, Larry D. The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy. **Valparaiso University Law review**, Valparaiso, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVf>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 719-720. No original em inglês: “*Madison’s clearest explication of this position came in the final essay, a contrived debate between a fictional character named ‘Republican’ and his nemesis, ‘Anti-republican’, published in late December, 1792. I will quote this remarkable work at length, as it repays reading in the original. Madison apes the Federalist position, but not by much, and the language he put in Anti-republican’s mouth was in fact routinely used by his opponents. Republican’s responses, in the meantime, reflected Madison’s own sentiments. ‘Who Are the Best Keepers of the People’s Liberties?’ Madison asked in the essay’s title, and Republican’s answer (from which I drew the title of my own book) was telling: Republican., The people themselves. The sacred trust can be no where so safe as in the hands most interested in preserving it. Anti-republican., The people are stupid, suspicious, licentious. They cannot safely trust themselves. When they have established government they should think of nothing but obedience, leaving the care of their liberties to their wiser rulers. Republican., Although men are born free, and all nations might be so, yet too true it is, that slavery has been the general lot of the human race. Ignorant they have been cheated; asleep they have been surprized; divided the yoke has been forced upon them. But what is the lesson? That because the people may betray themselves, they ought to give themselves up, blindfold, to those who have an interest in betraying them? Rather conclude that the people ought to be enlightened, to be awakened, to be united, that after establishing a government they should watch over it, as well as obey it. Anti-republican, ... It is not the government that is disposed to fly off from the people; but the people that are ever ready to fly off from the government. Rather say then, enlighten the government, warn it to be vigilant, enrich it with influence, arm it with force, and to the people never pronounce but two words Submission and Confidence. Republican, The centrifugal tendency then is in the people, not in the government, and the secret art lies in restraining the tendency, by augmenting the attractive principle of the government with all the weight that can be added to it. What a perversion of the natural order of*

Jeremy Waldron estrutura seus argumentos a partir de aspectos eminentemente procedimentais. Desde *Law and disagreement*⁵⁸⁵ e *The dignity of legislation*⁵⁸⁶ sua obra indica contrariedade ao *judicial review*. No entanto, foi em *The core of the case against judicial review*⁵⁸⁷, que o confronto ocorreu de maneira mais declarada. Seus alvos são o Poder Judiciário e a ideia de que tribunais tenham competência para estabelecer uma interpretação mais adequada sobre direitos. Seu modelo teórico não ingressa no mérito da qualidade interpretativa, mas avança em um debate sobre quais seriam os melhores fundamentos para organizar a estrutura do sistema de tomada de decisões. Seu argumento é de que apenas o princípio majoritário, aplicado ao processo decisório, pode ser capaz de tratar os envolvidos no processo político constitucional de forma igualitária em suas dignidades. Pressupostos como compromisso sobre direitos e desacordo razoável sobre justiça, sugerem ser o Poder Legislativo o poder mais capaz de absorver as divergências existentes no corpo social, o melhor espaço para a deliberação política e para o estabelecimento da decisão final do sentido constitucional. O desacordo é transferido de um campo danoso para um elementar, restando desafiada a ideia de que seja possível alcançar uma verdade única, ou mais racional, sobre direitos, pois, se não há critério filosoficamente possível para estabelecer conteúdo do bom e do mau, do certo e do errado, do justo e do injusto, tampouco caberá à teoria do direito defini-lo. É possível apenas falar em melhor interpretação possível, a partir de um ponto de vista do participante, mas não de um ponto de vista teórico. A defesa de uma ideia a partir de direitos não reclama necessariamente um conflito com a democracia. A pressão política decorrente de um amplo e vigoroso debate público pode funcionar como um elemento favorável à garantia

things! to make power the primary and central object of the social system, and Liberty but its satellite”.

⁵⁸⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Nova York: Oxford University Press, 1999.

⁵⁸⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Nova York: Cambridge University Press, 1999.

⁵⁸⁷ Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<https://goo.gl/MH7S6y>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

dos direitos, e não contrário, relativizando a ideia de tirania das maiorias, que pode ser praticada por qualquer órgão, judicial ou legislativo⁵⁸⁸.

Jeremy Waldron não se interessa pelo debate a respeito das boas ou más decisões, eventualmente proferidas pelo Poder Judiciário, o que ele pretende é identificar um argumento central contra o *judicial review* que seja independente tanto de suas manifestações históricas quanto de questões sobre seus efeitos particulares, isto é, as decisões boas ou más, que tenha produzido, se concentrando em aspectos que se destacam dos argumentos sobre a forma como os juízes exercem seus poderes e a atitude, deferente ou ativista, com que abordam a legislação⁵⁸⁹. Não importa saber se há concordância pública quanto ao resultado da decisão do tribunal constitucional, mas caracterizar o prejuízo político que a supremacia judicial proporciona, ao afastar o povo da participação da construção deste sentido constitucional, qualquer que seja ele. Na atualidade não faz mais sentido falar em respostas mais ou menos corretas. A existência de desacordos razoáveis considera todas as respostas igualmente possíveis. Existindo várias respostas possíveis para os dissensos existentes, torna-se necessária uma teoria para legitimar democraticamente as decisões alcançadas. A partir da distinção entre resultado e procedimento, o princípio majoritário é revisitado e defendido por seu caráter igualitário. A decisão majoritária é a única via capaz de conceder igual participação e voz a todos os cidadãos, melhores guardiões

⁵⁸⁸ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 18-19. Cf. GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. **Revista de Libros de la Fundación Caja**, Madrid, abr. 2006, p. 1-7. Disponível em: <<https://goo.gl/DeHsY7>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁵⁸⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<https://goo.gl/MH7S6y>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 1.351. No original em inglês: “*What I want to do is identify a core argument against judicial review that is independent of both its historical manifestations and questions about its particular effects – the decisions (good and bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down. I want to focus on aspects of the case against judicial review that stand apart from arguments about the way judges exercise their powers and the spirit (deferential or activist) in which they approach the legislation brought before them for their approval*”.

da constituição do que os tribunais, e que a melhor via de construção da autoridade da lei passa pelo reconhecimento dos cidadãos⁵⁹⁰.

A proposta de Jeremy Waldron exige quatro pressupostos: a) correto funcionamento das instituições democráticas, com base no sufrágio universal; b) instituições judiciais funcionando adequadamente, sem representatividade democrática direta, com capacidade e competência para resolver litígios e garantir o estado de direito; c) compromisso social e político das maiorias para com os direitos individuais e das minorias; d) desacordo considerável, persistente e de boa-fé sobre os direitos entre os membros da Sociedade⁵⁹¹. Com apoio em Aristóteles, relembra a importância da *doctrine of the wisdom of the multitude*, a qual, em sentido fraco, significa que o povo agindo como um corpo é capaz de produzir melhores decisões, através da associação de seu conhecimento, de sua experiência e de sua percepção, do que qualquer indivíduo membro do corpo, não obstante sua excelência, seja capaz de produzir por si próprio. Em sentido forte, significa que o povo agindo como um corpo produz melhores decisões, através da associação de seu conhecimento, experiência e percepção, do que qualquer subconjunto do povo agindo como corpo⁵⁹². A autoridade reside no todo, e não na parte.

⁵⁹⁰ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 87.

⁵⁹¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<https://goo.gl/MH7S6y>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 1.360. No original em inglês: “*Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a Society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature electer on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of lae; (3) a commitment on the part of most members of the Society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good fait disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and whats its implications are) among the members of the Society who are committed to the idea of rights*”.

⁵⁹² WALDRON, Jeremy. The wisdom of the multitude: some reflections on book 3, chapter 11 of Aristotle's politics. **Political Theory**, Charlottesville, nov. 1995, p. 563-584. Disponível em:

Só o todo é capaz de compreender a diversidade e realizar um julgamento melhor do que a parte. A deliberação entre vários é uma maneira de opor as percepções e as visões éticas de cada cidadão às dos demais, de maneira a se iluminarem e a oferecerem as bases para o questionamento recíproco⁵⁹³.

Uma das críticas mais recorrentes dos defensores da supremacia judicial, em relação às teorias do constitucionalismo que defende a soberania popular, está relacionada com o seu fundamento, isto é, a tomada de decisões a partir do princípio majoritário, e sua temida consequência, a ditadura da maioria. Na possibilidade de maiorias ameaçarem direitos das minorias, o *judicial review* funcionaria como um ponto de equilíbrio, exercendo o papel contramajoritário. Jeremy Waldron afirma que, partindo desse paradigma (princípio majoritário), qualquer decisão em que exista um desacordo razoável sobre direitos consistiria, então, em uma espécie de tirania⁵⁹⁴, já que tribunais e parlamentos raramente decidem por unanimidade e, mesmo nesses casos, não seria possível descartar completamente a possibilidade de tirania, já que o povo é excluído do processo de formação do sentido constitucional

<<https://goo.gl/yw1aHC>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 564-565. No original em inglês: “*The people acting as a body are capable of making better decisions, by pooling their knowledge, experience, and insight, than any individual member of the body, however excellent, is capable of making on his own. [...] The people acting as a body are capable of making better decisions, by pooling their knowledge, experience, and insight, than any subset of the people acting as a body and pooling the knowledge, experience, and insight of the members of the subset*”.

⁵⁹³ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 114.

⁵⁹⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<https://goo.gl/MH7S6y>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 1.395-1.396. No original em inglês: “*I believe that this common argument is seriously confused. Let us grant, for now, that tyranny is what happens to someone when their rights are denied. The first thing to acknowledge is that, according to this definition, tyranny is almost always going to be at stake in any disagreement about rights. In any disagreement about rights, the side in favor of the more expansive understanding of a given right (or the side that claims to recognize a right that the other denies) will think that the opposite side’s position is potentially tyrannical*”.

tanto nos modelos que adotam a supremacia judicial quanto a parlamentar. Poder Legislativo e Poder Judiciário podem incorrer em erro sobre interpretação de direitos, pois não estão imunes ao erro. A observância do princípio majoritário, ao contrário do pensamento comum, é o único aspecto não-tirânico da decisão, alcançada sem a exclusão de nenhum participante, tratados com igual dignidade. Sob essa perspectiva procedimental, deve ser relativizada a ideia de maiorias oprimindo minorias, até mesmo porque as maiorias e minorias que se formam no Poder Legislativo não correspondem, necessariamente, àquelas presentes na Sociedade. O fato de a opinião de um indivíduo não orientar a decisão coletiva final, não significa que o resultado seja tirânico. O que importa, nesse arranjo, é que a opinião de cada indivíduo foi considerada, com respeito a igual dignidade de todos os participantes do processo⁵⁹⁵. No caso de verificação da persistência do desacordo sobre direitos em um órgão judicial também se procede à apuração de votos por cabeça, tal qual em uma assembleia, porém sem a responsabilidade política. O Poder Legislativo é regularmente responsabilizado perante seus eleitores. Nada disso se aplica aos magistrados. Mesmo se for admitido que discordâncias razoáveis sejam decididas pelos tribunais constitucionais, por que deveriam ser decididas pela maioria de votos dos juízes?⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 117-118.

⁵⁹⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<https://goo.gl/MH7S6y>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 1391. No original em inglês: “*Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decision-making. None of this is true of Justices. Second, even if we concede that vexed issues of rights should be decided by these nine men and women, why should they be decided by simple majority voting among the Justices? Here, the situation gets worse for defenders of judicial review. I have always been intrigued by the fact that courts make their decisions by voting, applying the MD principle to their meager numbers*”. LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 118.

O “desconforto com a democracia”, revela dois pequenos segredos da jurisprudência contemporânea na era da racionalização da análise jurídica: o culto do triunfo histórico e o medo da ação popular. O desconforto com a democracia aparece em todas as áreas da cultura jurídica contemporânea: na incessante identificação de restrições ao governo da maioria, e não de restrições sobre o poder das minorias dominantes, como a principal responsabilidade de juízes e juristas, na conseqüente hipertrofia das práticas e arranjos contramajoritário, na oposição a todas reformas institucionais, particularmente aquelas destinadas a aumentar o nível de envolvimento político popular, como ameaças a um regime de direitos, na equação dos direitos de propriedade com os direitos de dissidência, no esforço para obter dos juízes, sob a capa da melhoria da interpretação, os avanços políticos populares não conseguem entregar, no abandono institucional da reconstrução há momentos raros e mágicos de refundação nacional, mantido o foco único sobre a superioridade dos juízes e sua seleção como a parte mais importante da política democrática, em um ideal deliberativo de democracia como mais aceitável quando mais próximo em estilo a uma conversa educada entre cavalheiros em uma sala de visitas do século XVIII⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** Nova York: Verso, 1996. p. 72-73. No original em inglês: “*The two dirty little secrets of contemporary jurisprudence jurisprudence in the age of rationalizing legal analysis are its reliance upon a rightwing Hegelian view of social and legal history and its discomfort with democracy: the worship of historical triumph and the fear of popular action. (...) The discomfort with democracy shows up in every area of contemporary legal culture: in the ceaseless identification of restraints upon majority rule, rather than of restraints upon the power of dominant minorities, as the overriding responsibility of judges and jurists; in the consequent hypertrophy of countermajoritarian practices and arrangements; in the opposition to all institutional reforms, particularly those designed to heighten the level of popular political engagement, as threats to a regime of rights; in the equation of the rights of property with the rights of dissent; in the effort to obtain from judges, under the cover of improving interpretation, the advances popular politics fail to deliver; in the abandonment of institutional reconstruction to rare and magical moments of national refoundation; in the single-minded focus upon the higher judges and their selection as the most important part of democratic politics; in an ideal of deliberative democracy as most acceptable when*

Em uma democracia é o povo quem deve decidir sobre os direitos que estão em discussão, devendo participar, em termos iguais, dessa decisão. A pergunta quem decide, deve ser complementada pela pergunta, como se decide. A opção é pela decisão majoritária como princípio de autoridade, pois esse tipo de princípio respeita os indivíduos, pois considera suas diferenças de opinião e não permite que a visão sinceramente mantida por alguém seja depreciada ou silenciada em razão da importância imaginária do consenso. Também incorpora um princípio de respeito com relação a cada pessoa envolvida no processo pelo qual se decide sobre uma visão a ser adotada como da Sociedade, mesmo diante do desacordo. A democracia precisa assumir o desacordo, pois tudo está em disputa na democracia⁵⁹⁸.

As constituições valem muito pouco sem um ambiente cultural favorável que as sustentem. A vontade política do povo não é um dado *a priori*, mas fruto de um processo que promove o contínuo e permanente fortalecimento de uma cultura política democrática. Uma teoria do constitucionalismo contemporâneo democrático precisa encontrar e propor soluções para as questões relacionadas à proteção dos direitos fundamentais e da ampliação do espaço de participação popular na tomada de decisões públicas, permitindo ampla discussão democrática e assegurando que as decisões democráticas possuam também um conteúdo democrático⁵⁹⁹. O princípio *lex majoris partis* permite tomar decisões coletivas pela primeira vez. É uma regra racional, mas é regra pressuposta, já que não é produto de uma deliberação coletiva prévia. O problema com a tentativa de Jon Elster ao traçar uma analogia entre constituição e Ulisses prendendo-se ao mastro do navio, é que Ulisses age como um tomador de decisões coerentes capaz de dar ordens e obedecê-las adequadamente, antes de mandar seus tripulantes amarrá-lo no mastro do navio. Somente alguém que tivesse certeza a respeito do

closest in style to a polite conversation among gentlemen in an eighteenth-century drawing room”.

⁵⁹⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 109.

⁵⁹⁹ CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, 2014, p. 143-173. Disponível em: <<https://goo.gl/xbSCdL>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 169.

cumprimento de suas ordenas poderia representar papel tão constitutivo⁶⁰⁰.

A ideia de constituir, presente e elementar na palavra constituição, não é constranger o poder político para o bem da liberdade individual, nem forçar o governo a obedecer à normas morais universais, constituir é estabelecer algo. Constituir uma república significava fundar e criar um estado para a prosperidade, assistência mútua, a defesa comum. Quando Cícero se referia a *constitutio* republicana, se referia a forma do governo romano atuar. Brevemente no século XVIII, a palavra constituição se libertou de sua associação com *status quo* e se tornou um grito de guerra para revolucionários. A constituição antecede o governo, lógica e historicamente, sendo que o governo e seus poderes são criaturas da constituição⁶⁰¹. Por tais razões que o constitucionalismo popular busca promover uma revalorização da capacidade legislativa soberana da Sociedade, de seu poder político originário. Em uma democracia, as decisões políticas mais relevantes não podem se cristalizar no âmbito do Poder Judiciário, pois o poder de interpretar os valores essenciais à ordem constitucional encontra-se no povo, e por ele deve ser atribuído o significado dos conteúdos políticos constitucionais mais relevantes. Os representantes eleitos do povo devem atuar construtivamente na elaboração legislativa, daí que seu papel não é desvalorizado. Quando o Poder Judiciário se imiscui neste procedimento deliberativo, não auxilia na construção de um valor normativo fundamental da ordem política. A atividade desenvolvida pelos poderes constituídos não consegue verbalizar as concepções populares e concretizá-las em forma e conteúdo de princípios constitucionais, pois estes possuem natureza eminentemente política. A identificação da vontade política da comunidade nas Sociedades contemporâneas, marcadas pela complexidade, apresenta-se

⁶⁰⁰ HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional**: constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014. p. 578.

⁶⁰¹ HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional**: constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014 p. 583. Jon Elster reviu seu posicionamento a respeito da analogia de Ulisses. Cf. ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009.

como uma difícil tarefa, quando não impossível. Esse é um pressuposto que deve ser levado em consideração para que qualquer estrutura básica da Sociedade atenda a valores compartilhados pelo corpo social. A existência de discordâncias razoáveis não impede que se especifiquem quais valores básicos poderão ser considerados parâmetros políticos fundamentais da ordem democrática⁶⁰².

John Rawls fundamenta o consenso democrático a partir de uma situação de absoluta igualdade entre os cidadãos, pois não é possível buscar a igualdade para alcançar o consenso, pois a igualdade é um valor que antecede o consenso. É na posição original, momento pré-político, que os cidadãos estabelecem racionalmente as regras indispensáveis para que valores primordiais da Sociedade possam se realizar de uma geração para a outra. Na posição original, os indivíduos não devem considerar interesses particulares, nem suas condições sociais e econômicas. Isso se deve ao fato de que ninguém sabe exatamente o seu lugar na Sociedade, sua classe ou status social, nem sabe qual sua fortuna na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência ou força, e assim por diante. Ninguém conhece completamente sua concepção de bem, os detalhes de seu plano racional de vida, ou mesmo as características especiais de sua psicologia, como a sua aversão ao risco ou à responsabilidade. Mais do que isso, as partes não conhecem as circunstâncias particulares da sua própria Sociedade⁶⁰³. Se deve compreender a posição original como um artifício, que representa aquilo que se considera condições equitativas,

⁶⁰² BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 172-176.

⁶⁰³ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 118. No original em inglês: *“First of all, no one knows his place in society, his class position or social status; nor does he know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence and strength, and the like. Nor, again, does anyone know his conception of the good, the particulars of his rational plan of life, or even the special features of his psychology such as his aversion to risk or liability to optimism or pessimism. More than this, I assume that the parties do not know the particular circumstances of their own Society”*. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 68-69.

segundo as quais cidadãos livres e iguais devem especificar os termos da cooperação social no âmbito da estrutura básica da Sociedade⁶⁰⁴.

O constitucionalismo popular representa uma virada paradigmática em relação à prática constitucional interpretativa centrada na atuação dos tribunais constitucionais, da supremacia judicial. A partir de uma análise crítica do papel desempenhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, dentro da estrutura democrático-constitucional, Larry Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron destacam a necessidade de revalorização do poder popular na interpretação e materialização dos valores constitucionais. A ideia central é que, paralelamente à constituição legal, que corresponde à compreensão que a Suprema Corte faz do texto constitucional, sempre houve uma constituição popular, que contribuiu para moldar o pensamento constitucional norte-americano e que se perfaz através de atos interpretativos levados a cabo pelo próprio povo⁶⁰⁵. Larry Kramer parte da premissa da supremacia judicial, válida para os Estados Unidos e para o Brasil, segundo a qual a autoridade interpretativa repousa no Poder Judiciário, mas ressalta que outros poderes e órgãos públicos e a Sociedade também têm um papel político relevante a realizar, também devem participar da atividade de interpretar a constituição, ao decidir o que podem e o que não podem fazer. Mas quando disputas surgem, é o tribunal constitucional que diz o que a constituição significa. Em suma,

⁶⁰⁴ BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 176-177.

⁶⁰⁵ Cf. TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999. Cf. KRAMER, Larry D. The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy. **Valparaiso University Law review**, Valparaiso, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVf>>. Acesso em: 25 jul. 2018. Cf. WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 178.

este é o princípio do sistema de supremacia judicial que o constitucionalismo popular pretende superar⁶⁰⁶.

Para Jeremy Waldron o *judicial review* é um controle inapropriado por parte do Poder Judiciário, e corrompe os valores democráticos de uma Sociedade livre e representada por um Poder Legislativo ordenado democraticamente, pois não fornece um modo pelo qual a Sociedade possa focar as questões verdadeiras que estão em jogo quando surgem controvérsias acerca de um direito, e também é um instituto politicamente ilegítimo, na medida em que decide sobre o conteúdo de direitos por um pequeno número de juízes não eleitos e que não podem ser politicamente responsabilizados. Um processo decisório legítimo deve atender aos valores e princípios conjugados no texto constitucional⁶⁰⁷. É a constituição que deve ser utilizada como critério normativo específico para a construção dos procedimentos decisórios e para a avaliação do resultado a que se chega com esse procedimento⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ KRAMER, Larry D. The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy. **Valparaiso University Law review**, Valparaiso, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVf>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 697. No original em inglês: “*We take for granted that final interpretive authority rests with the Justices. Yes, the other branches and departments have a role. Yes, they must interpret the Constitution in deciding what they can and cannot do (which they then indicate by acting or declining to act on constitutional grounds or for constitutional reasons). But when disputes arise, we – and by ‘we’ I mean not just members of the legal profession, but political leaders and the American public as well – assume that the Supreme Court is responsible for their final resolution. It is the Court that tells us what the Constitution means. This, in a nutshell, is the principle of judicial supremacy*”.

⁶⁰⁷ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p. 145-146.

⁶⁰⁸ BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 179-181.

Larry Kramer⁶⁰⁹ e Mark Tushnet⁶¹⁰, a partir de uma perspectiva histórica, destacam os principais argumentos para a defesa do constitucionalismo popular, mas não apresentam uma proposta de como o poder popular seria operacionalizado. Apostam em um modelo de democracia normativo, no qual a função deliberativa se desenvolve em dois aspectos, o da constituição legal e o da constituição popular, devendo existir procedimentos deliberativos próprios para concretizar o sentido e o valor de cada uma dessas constituições, que devem ser observados por instituições distintas, democraticamente responsáveis por preservar os princípios da “sua” constituição. A constituição legal possui valores que devem ser concretizados por um procedimento democrático realizado no âmbito do Poder Judiciário, enquanto a constituição popular deve ter seus valores concretizados por um órgão legislativo. O papel dos tribunais constitucionais seria deliberar em questões jurídicas, abrangidas pela constituição legal. Mas excederiam seus limites de atuação ao intervir em questões políticas de competência da atividade legislativa. A ausência de um conceito claro para constituição popular é uma crítica recorrente. Enquanto a constituição legal corresponderia ao documento escrito e formal, promulgado pelos representantes do povo na elaboração de uma nova ordem constitucional, não há um delineamento claro sobre o sentido de constituição popular⁶¹¹. Larry Kramer se esforça para definir o sentido de constituição popular quando defende que ela se encontra no sentido das normas constitucionais que é construída continuamente pelo próprio povo. O constitucionalismo imaginado na época da fundação era bem diferente, pois o poder de interpretar, e não apenas o poder de criar o direito constitucional, foi imaginado para ser do povo, não apenas teoricamente, mas em sentido prático e permanente. Era a comunidade, e

⁶⁰⁹ Cf. KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Nova York: Oxford University Press, 2004. Cf. KRAMER, Larry D. **The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy**. **Valparaiso University Law review**, Valparaiso, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁶¹⁰ Cf. TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

⁶¹¹ BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 182.

não o Poder Judiciário, ou qualquer outro poder do estado, quem controlava o significado da constituição, sendo esta a noção de constitucionalismo popular para diferenciar do constitucionalismo legal⁶¹².

Ana Carolina Lopes Olsen e Katia Kozicki questionam a possibilidade de o povo, como sujeito constitucional, e sobrepondo-se à atuação do tribunal constitucional, afastar-se do cumprimento de compromissos jurídicos internacionais, de direitos humanos, em nome da preservação da democracia como autodeterminação popular. Em defesa do constitucionalismo popular e democrático há que se consignar que a Constituição de 1988, concebida em período posterior a elaboração de documentos de proteção dos direitos humanos significativo, já contém em seu texto uma significativa parte dos direitos humanos internacionais, os quais encontram-se entrincheirados constitucionalmente (cláusulas pétreas), sem contar com a noção de bloco de constitucionalidade, de forma que o constitucionalismo popular, ou mesmo o democrático, não promovem atrasos, mas podem, eventualmente, sustar alguns avanços, desde que indesejados pelo Poder Legislativo e pela Sociedade⁶¹³.

⁶¹² KRAMER, Larry D. The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy. **Valparaiso University Law review**, Valparaiso, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVf>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 699. No original em inglês: “*Constitutionalism in the Founding era was different. Then, power to interpret (and not just the power to make) constitutional law was thought to reside with the people. And not theoretically or in the abstract, but in na active, ongoing sense. It was the community at large – not the judiciary, not any branch of the government – that controlled the meaning of the Constitution and was responsible for ensuring its proper implementation in the day-to-day process of governing. This is the notion I labeled ‘popular constitutionalism’ – to distinguish it from ‘legal constitutionalism’ or the idea that constitutional interpretation has been turned over to the judiciary and, in particular, to the Supreme Court*”.

⁶¹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 39.

No constitucionalismo popular de Roberto Gargarella⁶¹⁴, a última palavra a respeito do sentido constitucional deve ser do povo, e não dos tribunais constitucionais. Robert Post⁶¹⁵ e Reva Siegal⁶¹⁶ defendem que o sentido da constituição deve emergir de um diálogo entre os tribunais constitucionais e o povo, buscando ambos uma permanente definição dos rumos constitucionais, sem última palavra⁶¹⁷. O constitucionalismo popular não nega a existência de uma constituição como documento reitor da vida em Sociedade, na qual se inserem direitos fundamentais, nem mesmo recusa a ideia de controle de constitucionalidade das leis, mas recomenda uma forma fraca de *judicial review*, utilizada apenas em casos de extrema necessidade, o que não representa que a constituição não seja

⁶¹⁴ Cf. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente ao gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período, 2011.

⁶¹⁵ Cf. POST, Robert C. Democracy, popular sovereignty and judicial review. **California Law Review**, Berkeley, vol. 86, n. 3. p. 429-443. Disponível em: <<https://goo.gl/zAuRqZ>>. Acesso em: 01 fev. 2018. Cf. POST, Robert C. Constitutional restraints on the regulations of scientific speech and scientific research. **Science and Engineering Ethics**, vol. 15, n. 3. p. 431-438. Disponível em: <<https://goo.gl/38zEoh>>. Acesso em: 13 fev. 2018. Cf. POST, Robert C. Democracy and equality. **Faculty Scholarship Series**. p. 24-36. Disponível em: <<https://goo.gl/p5o2Dg>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

⁶¹⁶ Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Originalism as a political practice: the right's living constitution. **Fordham Law Review**, vol. 75. p. 545-574. Disponível em: <<https://goo.gl/UTfX64>>. Acesso em: 13 fev. 2018. Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, vol. 92. p. 1027-1044. Disponível em: <<https://goo.gl/1Mwf6Y>>. Acesso em: 13 fev. 2018. Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutions and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42. p. 373-433. Disponível em: <<https://goo.gl/kWNrck>>. Acesso em: 13 fev. 2018. Cf. POST, Robert e SIEGEL, Reva. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, Berkeley, 2004, p. 1027-1043. Disponível em: <<https://goo.gl/zgZDxo>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁶¹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 39-41.

vinculante ou que os limites impostos pela constituição não devam ser respeitados, mas que os poderes políticos constituídos e o povo também podem e devem interpretá-la. Nesse sentido, para combinar a construção político-popular da constituição com o *judicial review*, é necessário reconhecer que o povo e os poderes constituídos possuem autoridade para desvendar o significado da constituição, bem como a existência e promoção de outros espaços para deliberação constitucional. Em outras palavras, trata-se de reconhecer que existem questões constitucionais que devem ser deixadas para o espaço político, para o debate público, sem esquecer que desse mesmo espaço e debate, a política penetra nos tribunais constitucionais e os argumentos judiciais penetram na política⁶¹⁸.

O constitucionalismo popular está comprometido não apenas em retirar a constituição das mãos dos tribunais, mas principalmente em devolvê-la ao povo. Mais do que isso, não se trata propriamente de uma devolução, mas de mostrar que o povo pode e deve se comprometer em um exercício constante de fiscalização e interpretação da constituição que se apresentam no debate entre Poder Judiciário e Poder Legislativo. Mais do que se manifestar sobre o significado da constituição, a soberania popular promove a cidadania e pratica um permanente exercício democrático que

⁶¹⁸ NIEMBRO, Roberto Ortega. Una mirada al constitucionalismo popular. **Isonomía**, Distrito Federal jul. 2013, p. 191-224. Disponível em: <<https://goo.gl/gTK7LP>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 201-202. No original em espanhol: “*Esto no significa que la Constitución no sea vinculante o que los límites que impone no deban ser cumplidos, sino que los poderes políticos y la comunidad en general también pueden interpretarla. En ese sentido, para poder conjugar la construcción político-popular de la Constitución con la revisión judicial, es necesario reconocer que el pueblo y las otras ramas de gobierno tienen la misma autoridad para desentrañar su significado, así como la existencia de otros espacios de deliberación constitucional. En otras palabras, se trata de reconocer que hay cuestiones constitucionales que se dejan al espacio de la política y que la política entra por las ventanas del Tribunal Supremo. Esto no es una tarea fácil, pues ambos principios – política y revisión judicial – podrían abarcar por sí mismos todo el espectro deliberativo*”. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 46-47.

deve ser potencializado, e não obstruído, pelas tradicionais vias do debate político e jurisdicional. O recurso à política e ao debate público tende a mobilizar os cidadãos sobre questões públicas relevantes, gerando como consequência uma maior educação cívica das pessoas e um elevado grau de educação política, respeito e compreensão pelos entendimentos diversos, respeitando os direitos assegurados às minorias. Pode também induzir a compromissos políticos mais duradouros, compreensões mais alargadas e a um sentimento de cidadania e vinculação para com a comunidade. A ênfase na supremacia judicial compromete esses valores. Diversas questões políticas importantes são discutidas pelo tribunal constitucional a partir de votos inconsistentes, em que não se discute dedicadamente as razões mais profundas do desacordo. Em muitos julgamentos, os ministros não analisam o caso com profundidade, algumas vezes nem sequer lhes é dado tempo hábil para essa análise aprofundada, deixando de responder a uma série de dúvidas sobre os limites e possibilidades da questão de fundo, e acabam, dessa forma, contribuindo pouco para a edificação do debate constitucional, e menos ainda para a participação do povo nesse debate.

Barry Friedman identifica na decisão do tribunal constitucional, não a palavra final em matéria de interpretação constitucional, mas o estopim do debate público, da participação popular, da renovação do sentido constitucional. Mesmo nos países que adotam a supremacia judicial, na qual o tribunal constitucional declara que sua decisão é final e dotada de autoridade, a deliberação política a respeito do conteúdo decidido continua, de modo a sugerir que a interpretação constitucional permanece recebendo a atribuição de novos significados⁶¹⁹. Ou seja, o fato de o tribunal constitucional dizer que é, não impede a Sociedade ou os teóricos constitucionais a continuarem a discutir outros sentidos e possibilidades. Uma coisa é o que dizem os juízes em casos específicos, outra é o que acontece quando o Poder Legislativo promulga leis contrárias a interpretação do tribunal e as pessoas ignoram e combatem

⁶¹⁹ FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, 2004, p. 2.595-2.632. Disponível em: <<https://goo.gl/NCecCT>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 2600. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 51.

as decisões judiciais com as quais não estão de acordo, além disso, a definitividade das interpretações judiciais não é desejável, porque impede o dinamismo requerido pelo processo de interpretação e restringe o desenvolvimento da própria constituição⁶²⁰.

Outra corrente teórica que se apresenta na contemporaneidade é o constitucionalismo democrático, vertente mais branda das alternativas teóricas de democratização constitucional, que também se preocupa com o aumento da legitimidade popular na concretização constitucional, mas sem afastar completamente a autoridade dos tribunais constitucionais, propondo uma conciliação entre constitucionalismo e democracia a partir de um diálogo ampliado entre Poder Judiciário, Poder Legislativo e o povo diretamente⁶²¹.

O constitucionalismo democrático compreende que a autoridade constitucional é dependente da legitimidade democrática, o que significa que o povo deve encontrar na constituição o reflexo de suas ambições políticas e a sua forma de compreender o mundo. Se a constituição é um espelho da vontade popular, é o povo quem está melhor autorizado a deduzir pretensões relacionadas ao significado da constituição, e exigir que os poderes constituídos implementem o significado de constituição popularmente defendido. No constitucionalismo democrático, a realidade constitucional seria moldada por uma constante troca de significantes e significados constitucionais, em que o povo cumpriria um papel atuante

⁶²⁰ NIEMBRO, Roberto Ortega. Una mirada al constitucionalismo popular. **Isonomía**, Distrito Federal jul. 2013, p. 191-224. Disponível em: <<https://goo.gl/gTK7LP>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 211-212. No original em espanhol: “*Pero tampoco tienen la última palabra sobre la interpretación porque las decisiones judiciales no tienen necesariamente ese efecto. Así, considera que una cosa es lo que digan los jueces en casos como Cooper y otra es lo que sucede en la realidad, como cuando el Congreso emite leyes contrarias a la interpretación del tribunal y la gente ignora y combate las decisiones judiciales con las que no está de acuerdo. Es más, estima que la definitividad de las interpretaciones judiciales no es deseable porque impide el dinamismo que requiere el proceso de interpretación y restringe el desarrollo de la Constitución*”.

⁶²¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 49.

e de destaque, ao lado dos poderes constituídos. A importância da atividade jurisdicional dos tribunais constitucionais permanece, na medida que continuam exercendo o relevante papel contramajoritário e fazendo cumprir e respeitar os direitos fundamentais, em defesa das minorias, além da introdução de elementos técnicos, jurídicos e argumentativos no debate constitucional e dialógico que promove. O constitucionalismo democrático não retira a constituição da jurisdição dos tribunais constitucionais, mas propõe que, quando não houver consenso hermenêutico entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, os canais de comunicação populares possam ser acionados de modo a obter do povo o sentido constitucional mais democrático, sem evidentemente ignorar a defesa dos direitos das minorias, das regras do jogo democrático e o próprio papel contramajoritário dos tribunais constitucionais. Mas o constitucionalismo democrático apresentado um claro limitador às pretensões populares, ao defender que as razões do povo, devem ser concernentes à interpretação constitucional, e não vontades políticas. O constitucionalismo democrático não atribui deferência à vontade política majoritária, mas sim à interpretação jurídica da maioria, interpretação vinculada ao direito, ao sentido que a norma constitucional deve possuir, que é defendida e desejada pela população, que interpreta abertamente a constituição e lhe atribui sentido em função de suas experiências de vida, valores e tradições⁶²².

O minimalismo de Cass R. Sunstein compreende a conflituosidade como prejudicial, uma ameaça para a coesão social. O constitucionalismo democrático valoriza e pressupõe a conflituosidade política existente na Sociedade e acredita que é essa dissensão que tornará possível a consolidação política. O constitucionalismo democrático aguarda e exige mais da jurisdição constitucional do que oferece o minimalismo, fixado à ideia de que as decisões judiciais retiram do povo o poder de deliberação sobre o sentido da constituição. Para o constitucionalismo democrático os tribunais constitucionais, no exercício da jurisdição constitucional, não

⁶²² POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutions and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42. p. 373-433. Disponível em: <<https://goo.gl/kWNrck>>. Acesso em: 13 fev. 2018. p. 2-7. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 49-50.

suprimem matérias da discussão pública, mas elevam o nível do debate, ao incluir argumentos jurídicos e, desta forma, forçar o ingresso das razões jurídicas no debate, afastando algumas possibilidades legislativas e atuando contramajoritariamente. A proposta não é criar um enfrentamento entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, mas provocar e estimular um amplo debate público, mediado pelo povo, que será o detentor da palavra final em matéria de interpretação constitucional⁶²³.

As teorias populares e democráticas do constitucionalismo contemporâneo apresentam uma série de possibilidades, todas elas objetivando a restrição, ou mesmo o fim, da supremacia judicial, com ênfase na retomada do poder de dizer a palavra final do sentido de constituição ao povo, que é quem reúne as melhores condições de exercer essa tarefa. Não porque o faz melhor, mas porque o faz para si. Nesses casos, diante da possibilidade de erro por parte do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, é melhor que o erro venha do próprio povo, que poderá então aprender com seus próprios erros, pois a vida, mesmo a de comunidades políticas, não é feita apenas de acertos. No próximo capítulo será apresentada uma proposta teórica que objetiva mesclar elementos das teorias apresentadas, aplicável à realidade brasileira, com a finalidade de sustentar a possibilidade de sua utilização no modelo de estado planejado pelo constituinte de 1988, assim como promover um amplo reforço do princípio democrático, com a participação do povo na formação da interpretação última do texto constitucional. A constituição parte do povo, como seu projeto básico de Sociedade e deve terminar no próprio povo, que é quem detém a autoridade suprema de lhe determinar seu significado, sem prejuízo da participação nesse processo dos poderes constituídos.

⁶²³ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 53.

10. CONSTRANGIMENTO REFERENDÁRIO

As teorias do constitucionalismo contemporâneo convergem para a soberania popular, em detrimento da soberania parlamentar ou judicial em matéria de interpretação final da constituição. Não é diferente no Brasil, em que uma série de estudos e autores defendem a maior participação do povo na construção da vontade política do estado⁶²⁴. Essas teorias também assumem a posição de que a democracia não se resume a um regime político que converte preferências individuais em coletivas, antes de qualquer coisa, a democracia assegura a existência de espaços adequados para o debate de valores básicos aceitos e compartilhados pela Sociedade⁶²⁵.

A Constituição de 1988 resgatou os princípios de uma democracia representativa e assegurou, entre os direitos fundamentais nela constantes, um considerável rol de direitos dependentes de regulamentação por parte do Poder Legislativo, muitos dos quais ainda não foram regulamentados, reforçando a advertência de Edmundo Lima de Arruda Júnior a respeito de um conteúdo “instituído, mas sonogado”⁶²⁶, presente no texto e na realidade constitucional brasileiro. Diante desse contexto de ausência de regulamentação legislativa, o Poder Judiciário, que teve suas áreas de atuação ampliadas pelo constituinte de 1988, e ainda mais pela Emenda Constitucional n. 45/2004, busca através do Supremo Tribunal Federal, minimizar a inação legislativa, interpretando a constituição de forma amplamente “concretista”, atuando como verdadeiro protagonista no cenário político nacional, superando a

⁶²⁴ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. Nesta obra as autoras apresentam farta bibliografia, nacional e estrangeira, com destaque para autores que trabalham o constitucionalismo democrático.

⁶²⁵ FILHO, Vladimir Brega; ALVES, Fernando de Brito. Termedorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, jan./jun. 2015, p. 124-134. Disponível em: <<https://goo.gl/b8BJok>>. Acesso em: 28 jan. 2018. p. 125-126.

⁶²⁶ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de direito alternativo II**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 159-177.

qualidade de guardião da constituição, diante da ausência injustificada de regulamentação de direitos pelo Poder Legislativo, assumiu para si a tarefa de determinar o destino político, jurídico, social e econômico do país, ainda que sem receber mandato popular ou mesmo competência constitucional para esta tarefa.

Os problemas resultantes da incapacidade demonstrada pelo Poder Legislativo para desempenhar sua missão principal é, entre outras, a inaptidão do processo legislativo clássico às exigências contemporâneas. De fato, o processo de transformação da vontade popular em lei, e por ser a lei manifestação do estado soberano, foi estruturado de modo excessivamente solene e de forma generosa para os pronunciamentos dos congressistas, mas não é mais adequado para acompanhar as transformações da Sociedade do século XXI. O Poder Legislativo vem se revelando estático, passivo e resistente às mudanças, ao passo que a Sociedade é dinâmica, ativa e promotora de mudanças⁶²⁷. Ao Brasil cabe a afirmação feita por Paolo Biscaretti di Ruffia, no sentido de que o número de leis aprovadas a cada ano pelo Poder Legislativo é, sem dúvida alguma, excessivo, mas que, entretanto, as leis verdadeiramente necessárias para o país são frequentemente adiadas, para evitar os difíceis enfrentamentos políticos e ideológicos decorrentes de sua aprovação ou não⁶²⁸. A multiplicação de leis é fenômeno universal e inegável, nunca se fez tantas leis em tão pouco tempo. Numerosos esforços têm sido realizados pelos juristas no intuito de encontrar métodos novos que atendam às necessidades contemporâneas, sem impor às minorias, um sacrifício ainda maior do que já suportado. Partindo do pressuposto básico de que a norma jurídica, para receber adesão social ou eficácia⁶²⁹, deve ser colmatada pela ideia e sentimento do justo, do legítimo, do útil e do ético⁶³⁰, verifica-se uma confusão cada vez maior, na relação entre política e direito, particularmente na tarefa de criar, interpretar e aplicar o

⁶²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 158-159.

⁶²⁸ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1984. p. 331-332.

⁶²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 226 e seguintes.

⁶³⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais da política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 15. Cf. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

ordenamento jurídico. Não se pode afirmar que o direito está na lei. A lei é um texto linguístico, uma forma de expressão do pensamento referido a um comportamento humano⁶³¹.

Aristóteles identificou a presença de três funções⁶³² próprias do ente público que, após Nicolau Maquiavel, passou a ser denominado de estado⁶³³. As funções estatais descritas por Aristóteles são as que, atualmente, denominam-se de “Poder” Executivo, Legislativo e Judiciário, e que foram, posteriormente, resgatadas na obra de Montesquieu⁶³⁴. O estado brasileiro originário, influenciado pelos valores liberais decorrentes do ideário revolucionário francês, introduziu uma estrutura tetrapartida de organização e estruturação das funções do estado. Seguindo o modelo sugerido por Benjamin Constant, a constituição Política do Império, aos lados dos três poderes conhecidos, instituiu o Poder Moderador, sob o comando do imperador, influenciando significativamente no pouco desenvolvimento experimentado pelo Poder Judiciário ao longo de todo o período imperial⁶³⁵. Com a proclamação da república, o estado brasileiro, seguindo o modelo norte-americano, ao lado da adoção da forma federativa de estado e da forma republicana de governo, organizou uma nova estrutura judiciária federativa, atribuindo ao Poder Judiciário, entre outras funções, a competência para exercer o controle de constitucionalidade difuso das leis e atos normativos que

⁶³¹ MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica**. Itajaí: Ed. Univali, 2001. p. 37. Por exemplo, o direito não é a lei que se refere ao pátrio poder, mas sim, a realidade existente entre pais e filhos, isto é, a conduta deles em recíproca interferência.

⁶³² BOTELHO, Alexandre. **Curso de ciência política**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. p. 201. Reitera-se aqui a advertência feita ao início, ou seja, de que se compreende como único poder constitucional o próprio povo, nos exatos limites da dicção do texto constitucional de 1988, mas por adequação a linguagem constitucional, manteve-se o emprego das expressões “Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo”, mesmo compreendendo-as como meras manifestações, funções do poder político, uno, soberano e indivisível pertencente ao povo.

⁶³³ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 33.

⁶³⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 59 e seguintes.

⁶³⁵ CRETELLA JR., José. **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.

violassem o conteúdo presente nas normas constitucionais⁶³⁶. Durante o *longo* século XX, o Poder Judiciário limitou-se a examinar os aspectos formais de aplicação do direito estatuído, sem adentrar no exame do mérito político das normas produzidas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo.

A constituição cidadã⁶³⁷ impôs ao Poder Judiciário uma nova etapa em sua missão constitucional, ampliando-lhe as atribuições e fornecendo-lhe renovada feição diante dos demais poderes formadores da república recriada⁶³⁸. Nesse contexto, apresenta-se uma nova forma, ou uma releitura das formas já existentes de interpretação do direito, com a finalidade de colmatá-lo com as cores dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988. Não se imagina, muito menos se propõe, que o juiz deva ser tratado como espectador inerte ou convidado de pedra diante dos impasses jurídicos que lhe são apresentados, como ensina a literatura jurídica tradicional, mas se reconhece que, na atual competência constitucional de poderes que lhe é afeta, os juízes se encontram munidos de faculdades que os permitem imiscuir-se no plano político e social das normas jurídicas que devem ser aplicadas nos casos concretos que lhe são apresentados cotidianamente⁶³⁹. É nesse contexto que se apresenta a expressão de origem norte-americana *ativismo judicial*, de conteúdo polêmico, eis que pode ser empregada em diferentes, mas complementares significados, os quais sugerem um distanciamento do magistrado em relação ao princípio da técnica jurídica e da imparcialidade na realização de sua atividade básica, ou seja, dizer qual o direito

⁶³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 330-331.

⁶³⁷ GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<https://goo.gl/p8XCvQ>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁶³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88-90.

⁶³⁹ CHAER, Márcio. **Supremo constituinte: entrevista José Celso de Mello Filho**. Disponível em: <<https://goo.gl/yFvLgT>>. Acesso em: 26 jul. 2018. Nessa entrevista consta que o ministro Celso de Mello defende o papel constituinte do Supremo Tribunal Federal, na sua função de reelaborar e reinterpretar continuamente a Constituição. É essa função, explica o ministro, que permite ao tribunal atualizar e ajustar a Constituição às novas circunstâncias históricas e exigências sociais, atuando como co-partícipe do processo de modernização do Estado brasileiro.

aplicável diante de uma controvérsia concreta que lhe é apresentada, assim como uma ingerência em relação aos demais poderes formadores da república, no sentido de, positivamente, lhe impor o sentido constitucional.

A origem da expressão ativismo judicial remonta ao judiciário norte-americano do século XX, especialmente no período em que a Suprema Corte foi presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren, denotando um representativo expansionismo do Poder Judiciário ante o abandono das técnicas formalistas de interpretação da norma jurídica e da criação de técnica de interpretação que ficou conhecida como interpretação construtiva, a qual se pretende mais sensível aos direitos fundamentais e que busca, *ultima ratio*, manter a integridade de valores constitucionalmente consagrados. No Brasil, com a expansão dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal passou a ser convocado a decidir temas os mais diversos, e se tornou uma espécie de terceira casa legislativa, porque pode estipular os efeitos das suas decisões no controle de constitucionalidade a partir de decisões eminentemente políticas⁶⁴⁰.

A experiência demonstra que as concepções formalistas de hermenêutica jurídica não conseguem dar vazão, conforme a necessidade social, dos problemas jurídicos encontrados neste limiar do século XXI⁶⁴¹. A dinâmica da vida contemporânea, os avanços tecnológicos, a dependência mundial de um meio ambiente que se encontra em vias de esvaír-se, os novos instrumentos de comunicação e a globalização da economia exigem uma atuação diferenciada dos poderes do estado e uma participação deliberada e deliberante da Sociedade. O século XXI afastou-se dos mecanismos meramente formais de solução de conflitos,

⁶⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 391-394. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, abr./jun. 2000, p. 1-17. Disponível em: <<https://goo.gl/XCdT36>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁶⁴¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 159 e seguintes.

todavia, a cultura jurídica dominante, o senso comum dos juristas, não acompanhou as mudanças promovidas pela Sociedade⁶⁴².

Dalmo de Abreu Dallari registra que reconhecer características políticas no desempenho da atividade jurisdicional não guarda relação alguma com opções ou escolhas partidárias e nem retira, por si só, a legitimidade das decisões judiciais, porque o juiz deve buscar cotidianamente se fazer consciente dos perigos que permeiam a Sociedade e se esforçar para que seu ato de conhecimento, compreensão e interpretação do direito seja realizado de forma imparcial, isenta, diferenciando entre o direito criado pelo Poder Legislativo e aquele desejado por referências metajurídicas⁶⁴³. Mas também alerta que “o Brasil só tem constituição e democracia quando isso não atrapalha as contas do governo ou os interesses políticos do Presidente da República”⁶⁴⁴.

Em conformidade com o texto constitucional, os poderes Legislativo e Executivo, eleitos pelo voto popular, são instrumentos através do qual o povo exerce seu poder soberano, devem servir aos interesses do povo. A eles cabe a formulação e a execução das políticas públicas, ao passo que ao Poder Judiciário cabe a guarda da constituição e das leis. Aceitar passivamente o ativismo judicial, combinado com a supremacia da jurisdição constitucional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, representa a alienação da soberania popular, transferindo para um corpo técnico não eleito a palavra final do sentido das normas constitucionais. Dessa forma, necessário analisar a conveniência de o Poder Judiciário se sobrepor aos demais poderes informadores da república, especialmente quanto à conformação ao estado democrático de direito, conforme determina o artigo inaugural da Constituição de 1988.

A cada nova decisão do Supremo Tribunal Federal verifica-se a ampliação da esfera política das decisões da suprema corte brasileira, de modo a incluir, como elemento apriorístico de seu modo próprio de

⁶⁴² WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência**, Florianópolis jan. 1982, p. 48-57. Disponível em: <<https://goo.gl/6THFXV>>. Acesso em: 05 ago. 2018. p. 51.

⁶⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85.

⁶⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ditadura constitucional**. Disponível em: <<https://goo.gl/5PLLpb>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

decidir, as futuras consequências sociais de suas decisões. Mas não se deve descurar que, em um estado democrático de direito e no qual vigora o princípio clássico da separação de poderes, qualquer forma de concentração de poder, ainda que sob o pálio do direito ou de um ideal de justiça, o excesso político do Supremo Tribunal Federal pode conduzir a uma atrofia dos mecanismos de cidadania participativa e na desconformação dos valores democráticos, produzindo constantes atos de felonía constitucional.

Realizada a crítica ao modelo da supremacia judicial brasileira, com base na teoria do constitucionalismo popular e democrático, uma pergunta permanece: a quem cabe o controle final sobre a interpretação da constituição? A resposta a essa pergunta, em um estado democrático de direito, parece até óbvia. No modelo de estado brasileiro atual, o poder de definir o sentido de constituição foi transformado em poder-dever pelo constituinte, demandando que cada cidadão colabore ativamente para que, por meio do debate público e dos instrumentos de participação popular, se chegue a um sentido democrático de constituição. Não a um sentido definitivo, mas a um sentido democraticamente provisório, alcançado em um processo no qual se assegurou a igual dignidade de todos os envolvidos. Teoricamente, se a ninguém é dado o direito de alegar a ignorância da lei para deixar de cumpri-la, por decorrência lógica, a ninguém é dado o direito de não participar da formação do sentido das normas jurídicas, especialmente da constituição⁶⁴⁵.

A adoção de um modelo de constitucionalismo democrático, sem supremacia judicial ou parlamentar, não enseja profundas alterações legislativas ou a criação de complexos mecanismos políticos ou processuais. Com poucas alterações é possível remodelar o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, operacionalizando uma mudança substancial quanto a supremacia da vontade constitucional: nem parlamentar e nem judicial, mas popular. A dificuldade maior reside na delimitação do objeto constitucional que caberia ao Poder Judiciário, sem interferência dos outros poderes e mesmo da soberania popular, um espaço em que as decisões judiciais permaneceriam protegidas pelos efeitos jurídicos e processuais já existentes. Diversas possibilidades surgem nesse momento para delimitar o espaço de atuação jurisdicional, desde as mais radicais, que sugerem retirar do Poder Judiciário qualquer

⁶⁴⁵ BARROS, Sérgio Resende de. **Noções sobre controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://goo.gl/iNM3or>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 5.

competência relativa ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, até aquelas que sugerem o uso do constitucionalismo democrático em pouquíssimas situações⁶⁴⁶, ou ainda limitar o exame democrático do sentido de constitucionalidade apenas quando o Poder Judiciário interpretar a constituição para retroceder em relação aos direitos já incorporados pela Sociedade, especialmente aqueles delimitados pelo artigo 60, § 4º, da CRFB (cláusulas pétreas)⁶⁴⁷, que funcionam como mecanismos de pré-compromisso constitucional, no sentido de entrincheirar algumas matérias no texto da constituição e subtraí-los de futuros debates públicos ou legislativos. O pré-compromisso é utilizado para justificar a legitimidade de restrições constitucionais à soberania popular, criando limitações constitucionais, espécie de restrições auto impostas. Desde 1960, quando Friedrich August von Hayek considerou que a constituição é um mecanismo que permite o “apelo do povo bêbado ao povo sóbrio”, a ideia do pré-compromisso constitucional tem sido utilizada para fundamentar e harmonizar a relação entre constituição, soberania popular e direitos fundamentais. Aduz que apenas um demagogo poderia considerar antidemocrática as limitações de longo prazo que o próprio povo impõe ao poder das majorias futuras. O entrincheiramento constitucional é formulado para proteger o próprio povo daqueles que receberão o poder por ele outorgado no futuro, sendo o único meio pelo qual o povo pode conceber o ordenamento jurídico em que viverá. Não há como fugir da questão de que, ao aceitar o pré-compromisso, as matérias específicas entrincheiradas na constituição estarão fora do alcance da vontade soberano do povo, de forma a evitar medidas que o povo não desejaria usar contra si mesmo, sejam tomadas por membros de uma maioria em desfavor das minorias. O pré-compromisso, com restrições de longo prazo, confere à Sociedade mais controle e segurança sobre o sistema político do que haveria se todo o conteúdo da constituição estive sujeito a constantes e sucessivas modificações. Uma Sociedade livre e democrática não pode, e nem precisa, dispensar meios racionais de

⁶⁴⁶ DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 164.

⁶⁴⁷ ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018. p. 516.

restringir os poderes do governo, e até mesmo os seus, sem se importar com aspectos temporais⁶⁴⁸.

No final dos anos 1970 e durante as décadas seguintes, a ideia de pré-compromisso voltou ao centro do debate da teoria constitucional com a comparação que se estabeleceu entre pré-compromisso e o mito de Ulisses⁶⁴⁹, com a estratégia de comprometer as gerações futuras, estabelecendo uma constituição que incluía cláusulas que impeçam sua modificação. Outra metáfora equipara a constituição a um agente racional, como se a constituição fosse o agente sóbrio e o povo o agente embriagado, de modo que o povo precisaria de uma constituição, da mesma forma que Ulisses precisou ser atado ao mastro de seu navio. Ao se vincular a normas rígidas, o povo evitaria o naufrágio ou os desastres

⁶⁴⁸ HAYEK, Friedrich August von. **The constitution of liberty: the definitive edition**. Chicago: Chicago University Press, 2011. p. 269-270. No original em inglês: *“Only a demagogue can represent as “antidemocratic” the limitations which long-term decisions and the general principles held by the people impose upon the power of temporary majorities. These limitations were conceived to protect the people against those to whom they must give power, and they are the only means by which the people can determine the general character of the order under which they will live. It is inevitable that, by accepting general principles, they will tie their hands as far as particular issues are concerned. For only by refraining from measures which they would not wish to be used on themselves can the members of a majority forestall the adoption of such measures when they are in a minority. A commitment to long-term principles, in fact, gives the people more control over the general nature of the political order than they would possess if its character were to be determined solely by successive decisions of particular issues. A free society certainly needs permanent means of restricting the powers of government, no matter what the particular objective of the moment may be”*. CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, 2014, p. 143-173. Disponível em: <<https://goo.gl/xbSCdL>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 145.

⁶⁴⁹ Cf. ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad**. Tradução de Juan José Utrilla. Distrito Federal, México: Fondo de Cultura Económica, 1989. Cf. ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009.

da embriaguez⁶⁵⁰. A teoria do pré-compromisso recorre a metáforas como a de Ulisses ou a da embriaguez, nas quais um agente A (indivíduo ou povo) em pleno uso de suas faculdades racionais compromete a si mesmo em determinado tempo (T1) prevendo que em tempo posterior (T2) estará sob a influência de paixões e seu julgamento será afetado. O agente A confia ao agente B o poder de tomar decisões em T2, as quais deverão seguir rigorosamente as instruções previstas no pré-compromisso estipulado pelo agente A em T1. O modelo de Ulisses, trata de um agente autônomo que se pré-compromete para não perder a autonomia no momento de perda de sua capacidade racional. No caso da embriaguez, quando as restrições constitucionais são invocadas para atender ao apelo do povo bêbado ao povo sóbrio, o que se está sustentando é que todos os membros da comunidade política, na busca de objetivos imediatos, encontram-se capacitados, por qualquer motivo, para violar regras de conduta que eles próprios desejariam ver observadas. Por essa razão, a constituição funcionaria como uma decisão de longo prazo que se impõe sobre o poder temporário das maiorias⁶⁵¹. Necessário aqui recordar a mudança de posicionamento de Jon Elster, um dos mais significativos defensores da teoria do pré-compromisso, alertado pelo historiador norueguês Jens Arup Seip, de que “no mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas aos outros”⁶⁵².

Jeremy Waldron defende que os cidadãos e seus representantes são quem devem decidir os procedimentos e resolver os conflitos relativos a direitos (incluindo as determinações de quais direitos os cidadãos devem ter), de forma que a tensão não se dá entre direito e democracia, mas entre direitos constitucionais impostos pelo *judicial review* e democracia. O entrenchamento de direitos representaria uma imunidade constitucional e corresponde ao reconhecimento da incapacidade do povo e de seus

⁶⁵⁰ CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, 2014, p. 143-173. Disponível em: <<https://goo.gl/xbSCdL>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 145-146.

⁶⁵¹ CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, 2014, p. 143-173. Disponível em: <<https://goo.gl/xbSCdL>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 149-150.

⁶⁵² ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009. p. 7.

representantes, tornando o regime antidemocrático. O entrincheiramento estaria baseado em uma visão predatória da natureza humana e enviaria uma mensagem de desconfiança, que contradiz a autonomia moral individual. Se o indivíduo é confiável como portador de direitos, então o mesmo indivíduo deve ser confiável como portador de responsabilidades políticas⁶⁵³. Argumenta em desfavor do entrincheiramento constitucional, ao assinalar que há uma contradição na concepção liberal de sujeito de direito. Quando se trata de adquirir direitos, os indivíduos são merecedores de igual consideração e respeito, porque acredita-se que são capazes de agir moral e racionalmente, mas quando se trata do exercício de direitos políticos, os mesmos indivíduos são considerados pouco confiáveis e irracionais. Se o entrincheiramento constitucional é sustentado por uma noção predatória da natureza humana e do que os indivíduos poderão fazer uns para com os outros quando livres na arena política democrática, se torna difícil explicar como ou por que esses mesmos indivíduos podem ser vistos como portadores de direitos. É preciso admitir que os indivíduos podem ser tão confiáveis como portadores de responsabilidades políticas quanto o são como portadores de direitos. É precisamente porque cada pessoa atua como um potencial agente moral, dotado de dignidade e autonomia, que se pode confiar ao povo o encargo do autogoverno. Há uma grande diferença entre pré-compromisso individual, ao qual fazem menção as narrativas de Ulisses e do bêbado, e pré-compromisso social, que seria o modelo de autolimitação por meio de uma constituição. Em uma Sociedade, mesmo em momentos de lucidez, existem desacordos a respeito de como os direitos são concebidos, o que se verifica nesses casos, não é a embriaguez, mas a presença de incertezas genuínas e mudanças de opinião. Por essa razão, desacordos sobre direitos devem ser considerados desacordos de boa-fé ou razoáveis. A participação popular é elemento decisivo na caracterização da democracia, mas disso não permite inferir que o direito de participação possa conflitar com outros direitos, ou que o direito de participação possua prioridade sobre os demais. Significa apenas que a participação é um direito cujo exercício parece

⁶⁵³ SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, jul. 2016, p. 371-455. Disponível em: <<https://goo.gl/LeNq37>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 421.

peculiarmente apropriado em situações em que portadores de direitos se encontram diante de uma discordância razoável sobre direitos⁶⁵⁴.

Quando se reconhece que o povo pode convocar uma assembleia constituinte, também se deve admitir que não há limite expresso para sua atuação como sujeito de sua própria constituição. Mas nesse caso, o constitucionalismo democrático acabaria se dissolvendo no próprio conceito de democracia. Todavia, acredita-se que esse raciocínio não deve prosperar, eis que há, sim, um limite, e esse limite é a própria constituição, não em sua literalidade, mas em seu sentido. O povo, titular do sentido da constituição, não adquire, pelo constitucionalismo democrático, a capacidade de impor *qualquer* sentido à constituição, mas sempre um sentido *adequado* à constituição que ele mesmo criou. A convocação de uma assembleia constituinte, rompe o vínculo lógico, jurídico e político com a constituição a qual se vincula o constitucionalismo democrático, já que a nova constituição poderá estabelecer, inclusive, um sistema autocrático de governo. A abertura democrática não significa que a constituição pode ser mudada a qualquer tempo e de qualquer modo, como se fosse legislação ordinária. Significa que, no caso de significativas discordâncias sobre a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, deve ser o povo o sujeito responsável pela decisão e não um parlamento ou tribunal⁶⁵⁵.

O constitucionalismo democrático entende ser possível conciliar a tensão entre a constitucionalismo e democracia. Apesar de os teóricos do constitucionalismo popular e democrático apresentarem argumentos críticos quanto à supremacia judicial, reconhecem como válida em certa medida a presença do *judicial review*, desde que a última palavra acerca

⁶⁵⁴ WALDRON, Jeremy A. *essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 155. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Nova York: Oxford University Press, 1999. p. 212. CONSANI, Cristina Foroni. *A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo*. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, 2014, p. 143-173. Disponível em: <<https://goo.gl/xbSCdL>>. Acesso em: 24 jul. 2018. p. 163.

⁶⁵⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. *Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos*. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 43-44.

da constituição permaneça com o povo⁶⁵⁶. O intérprete final do sentido da constituição deve ser o povo, e não um órgão jurisdicional dotado de supremacia, capaz de interpretar normas constitucionais com força vinculante para todos, nem mesmo o Poder Legislativo, que seria apenas um intermediário privilegiado do povo em relação a exposição de vontades legislativas. O constitucionalismo popular e democrático se aproxima de uma democracia deliberativa, com base na teoria de James Madison que, embora fervoroso defensor da democracia, reconhecia a necessidade de precaução com as maiorias instáveis e volúveis, apenas desejosas do exercício do poder, sem pensar no interesse comum. Nesses casos, o sistema constitucional deveria ser guiado pela opinião pública, a opinião que o povo tem a respeito de questões concretas da sua existência⁶⁵⁷.

Roberto Gargarella se preocupa com um constitucionalismo elitista que encerre no Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional e o controle das leis. Em uma tentativa de acomodar *judicial review* e democracia, propõe redesenhar o sistema político de relação entre os poderes de forma a permitir que, diante de decisões judiciais controversas a respeito da interpretação constitucional, exista a possibilidade de encaminhamento da decisão para órgãos democráticos deliberativos. Nem mesmo a existência de uma grave crise social ou de legitimidade dos poderes políticos representativos tornaria o Poder Judiciário mais ou melhor capacitado para suprir o déficit democrático. Crises democráticas devem ser solucionadas com o aprimoramento do processo democrático e não com práticas isolacionistas, que afastem o Poder Legislativo e o próprio povo das

⁶⁵⁶ KRAMER, Larry D. The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy. **Valparaiso University Law review**, Valparaiso, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVF>>. Acesso em: 25 jul. 2018. p. 700-701. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 44.

⁶⁵⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 45.

tomadas de decisões, como é o caso da supremacia judicial decorrente do constitucionalismo forte. Juízes também podem decidir conforme convicções particulares não compartilhadas com a Sociedade⁶⁵⁸.

Cass Sunstein apresenta uma preocupação para com as possíveis manifestações populares em reação às decisões judiciais, e alerta para certos perigos na prática dialógica entre tribunais constitucionais e o povo, denominada de *backlash*, que assume a possibilidade de os ministros dos tribunais constitucionais não poderem prever todos os efeitos ou a exata extensão política de suas decisões. Nesse sentido, adverte que nem sempre a opinião majoritária deve ser levada em consideração, pois pode refletir um preconceito generalizado ou uma espécie de comportamento de manada, que não corresponde a um entendimento refletido a respeito do tema. Ocorre que nenhuma decisão pode ser completamente delineada *a priori*, de forma que qualquer que seja a decisão, necessariamente haverá um *backlash*. Os ministros que formam os tribunais constitucionais não são deuses que moram no Olimpo, mas pessoas inseridas na Sociedade e que possuem condições de dimensionar aproximativamente os efeitos positivos e negativos de suas decisões. O *backlash* deve ser compreendido no espaço público dialógico de troca de sentidos constitucionais que fixa a legitimidade da constituição, significando uma reação popular ou do Poder Legislativo, contrária a certa decisão judicial que trata sobre o sentido da constituição, como ocorreu, por exemplo, com a decisão da Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education*⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente ao gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período, 2011. p. 160. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 47.

⁶⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. If people would be outraged by their rulings, should judges care? **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, fev. 2007, p. 1-60. Disponível em: <<https://goo.gl/u8tZus>>. Acesso em: 30 jul. 2018. p. 13. Cf. POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutions and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 42. p. 373-433. Disponível em: <<https://goo.gl/kWNrck>>. Acesso em: 13 fev. 2018. OLSEN, Ana

No Brasil, o Poder Legislativo, envolto nos últimos anos em graves escândalos de corrupção e acusado de baixa produtividade legislativa, contribuiu para o desencadeamento do problema do expansionismo da jurisdição constitucional e, de certa forma, até mesmo para uma espécie de arrogância no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, transferindo para o Supremo Tribunal Federal o poder decisório pacificador em face das grandes questões sociais conflituosas da atualidade brasileira. Quando o tribunal constitucional fecha completamente as portas para qualquer diálogo com os outros poderes ou para com a Sociedade, ou quando apresenta considerável capacidade criativa na interpretação das normas, atuando como verdadeiro legislador positivo, evidencia-se a insuficiência democrática do controle de constitucionalidade tradicional como um todo. Por exemplo, durante o julgamento da Lei de Biossegurança, Luis Roberto Barroso, então advogado, defendeu a aplicação de um princípio pouco conhecido no direito brasileiro, mas já presente há algum tempo no direito comparado, o princípio da deferência, associado à necessidade de adstrição do exercício da jurisdição constitucional a um perfil mais cuidadoso e criterioso quando a norma jurídica sujeita a análise de constitucionalidade tiver sido objeto de grande debate e consenso pela comunidade ao longo do respectivo processo legislativo. Embora existam várias interpretações para o que se entende por deferência, Stephen Gardbaun aponta o destaque recebido na doutrina norte-americana para os ensinamentos de James Bradley Thayer⁶⁶⁰, o qual, em fins do século XIX, advogou a tese de que, apenas quando o Poder Legislativo tiver cometido um erro muito claro, a ponto de dispensar qualquer questionamento racional, a atuação corretiva do Poder Judiciário teria lugar⁶⁶¹.

Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. 51-52.

⁶⁶⁰ Cf. THAYER, James Bradlet. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1893.

⁶⁶¹ DIAS JUNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. p.

É preciso restabelecer no Brasil o modelo de separação de poderes delineado pela Constituição de 1988. Uma separação dos poderes que atribua ao Poder Legislativo prerrogativas que permitam um balanceamento e contingenciamento do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, atuando como legislador positivo e deixando para a jurisdição constitucional apenas o papel de legislador negativo, especialmente nos casos de clara e inequívoca afronta à constituição, ou então exercendo um papel contramajoritário, em proteção aos direitos já assegurados às minorias. Assim, como o Presidente da República possui competência para vetar os projetos de lei do Congresso Nacional, o Poder Legislativo deveria possuir competência para vetar as decisões do Supremo Tribunal Federal que usurpassem sua atribuição constitucional de inovar o ordenamento jurídico. Esse tipo de revisão parlamentar ganha assento em países de constitucionalização tardia como o Brasil e é hoje adotada, por exemplo, no Canadá, Polônia e Romênia⁶⁶².

O Brasil já possui instrumentos de diálogo entre a Sociedade e o Poder Judiciário no espaço da jurisdição constitucional para amenizar alguns dos problemas democráticos, mas ainda não suficientes para promover a virada proposta pelo constitucionalismo contemporâneo de viés democrático. Figuras recentes como o *amicus curiae*⁶⁶³ e as audiências públicas⁶⁶⁴ representam significativos instrumentos de amenização do caráter excludente do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A viragem proposta, de supremacia judicial ou parlamentar para uma supremacia popular, na atividade de interpretar e construir o significado de constituição, não

9-11. GARDBAUM, Stephen O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p. 209-210.

⁶⁶² BIGONHA, Antônio Carlos Alpino. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7-8.

⁶⁶³ Cf. XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun. 2010, p. 119-141. Disponível em: <<https://goo.gl/H6BVm3>>. Acesso em: 05 ago. 2018. p. 120.

⁶⁶⁴ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, abr./maio 2007, p. 41-48. Disponível em: <<https://goo.gl/nS6LaR>>. Acesso em: 05 ago. 2018. p. 44.

impede que esses instrumentos continuem sendo utilizados e que auxiliem na ampliação dos espaços públicos de debate constitucional. A supremacia popular não deve estar adstrita a um procedimento democrático do tipo sim e não, mas conectada a um amplo fórum de opiniões públicas contestáveis e revisão popular das decisões, tornando a autorização eleitoral, dentro de uma democracia, apenas uma parte da política representativa, e não sua característica essencial⁶⁶⁵.

Decisões equivocadas fazem parte da realidade, sejam elas oriundas do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Não há razão para excluir o povo da possibilidade de incorrer em erro. Decidir por maioria não representa, por si só, um exercício tirânico do poder, mas apenas uma, entre variadas possibilidades, de se chegar a um resultado, pois todas as fórmulas de soluções de controvérsias estão sujeitas a falhas. Assim é que em um estado democrático de direito, por princípio lógico, há que se preferir aquela decisão que melhor expresse o sentido democrático contido na expressão fundamental do estado brasileiro, que promove e alarga o círculo público de debate. Ainda que o resultado possa ser equivocado para alguns, não se pode arguir equívoco no procedimento, que buscou envolver o maior número possível de pessoas na sua solução, o que seria uma grande vantagem ao modelo contraposto de jurisdição constitucional com supremacia constitucional. Em um cenário que reconhece a possibilidade do erro, e a irremediável discricionariedade⁶⁶⁶, seja jurisdicional, parlamentar ou popular, a participação do povo nesse processo se torna preferível ante uma decisão falha oriunda de um processo menos democrático. O acerto dos tribunais constitucionais ainda representa uma perda para a democracia, quando não é permitida a igual participação a todos os membros da Sociedade⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ DIAS JUNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. p. 105.

⁶⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Distrito Federal, set./dez. 2006, p. 1.135-1.151. Disponível em: <<https://goo.gl/rX3jL4>>. Acesso em: 27 jul. 2018. p. 1.142.

⁶⁶⁷ DIAS JUNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Rio

Nenhum procedimento decisório é perfeito. Seja um processo legislativo não sujeito a reexame, seja um processo judicial no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Sempre se chegará, em algum momento, a uma decisão errada, negando direitos ao invés de assegurá-los. Esse é um fato da vida política. Richard Wollheim denominou essa possibilidade de “paradoxo da teoria da democracia”, porque permite que um cidadão afirme ao mesmo tempo que a lei A não deve ser promulgada, em razão de ter votado contra a lei A, e que a lei A deve ser promulgada porque é a escolha da maioria⁶⁶⁸. Na verdade, trata-se de um problema de toda teoria política, e não apenas da teoria da democracia⁶⁶⁹.

No contexto do constitucionalismo democrático, Tom Donnelly apresentou uma proposta para operacionalizar o mecanismo de sua implementação, com enfoque para a realidade norte americana, para tanto seria necessário modificar o *design* institucional do estado, a fim de permitir que o povo tivesse de fato a última palavra como intérprete constitucional e, além disso, se tornasse possível fomentar e realizar uma educação pública que capacitasse o povo para exercer esse papel. Para isso o povo deveria ser consultado a respeito do sentido da constituição em casos bem específicos, isto é, em casos em que a decisão da Suprema Corte fosse obtida por maioria controversa de votos, como acontece quando, por exemplo, no caso do Supremo Tribunal Federal, a decisão é tomada maioria apertada de votos. Nesses casos, a matéria então deveria ser submetida ao Poder Legislativo, a quem competiria, pelo voto da maioria absoluta (metade mais um do total de seus membros) ou qualificada (fração correspondente a dois terços do total de seus membros), determinar que a matéria seja ou não submetida a referendo popular, quando o povo deveria se manifestar se a decisão do tribunal constitucional deveria ou não ser mantida. O problema da imposição da vontade da maioria estaria solucionado com esta proposta, na medida em que a população seria convocada apenas para resolver questões

de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. p. 65.

⁶⁶⁸ Cf. WOLLHEIM, Richard. A paradox in the theory of democracy. In: LASLETT, Peter; RUNCIMAN, W. G. **Philosophy, politics and society**. Oxford: Basil Blackwell, 1962.

⁶⁶⁹ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Altonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119.

constitucionais específicas, decorrentes de um processo judicial em que tivesse havido relevante divergência judicial sobre o mérito da questão *sub judice*. O povo deliberaria a matéria a partir dos votos elaborados pelos ministros da Suprema Corte e das opiniões de líderes populares a respeito de qual seria a melhor interpretação constitucional⁶⁷⁰.

A proposta de Tom Donnelly parte do pressuposto de que o povo perdeu a fé no sistema político vigente, e de que muitos teóricos do constitucionalismo popular e democrático ainda permanecem focados na questão da supremacia judicial ou do entrincheiramento de direitos, quando deveriam propor alternativas práticas e viáveis para a consolidação do constitucionalismo popular e democrático, de forma a promover o engajamento contínuo dos cidadãos na vida política do país. A reconsideração da decisão do tribunal constitucional pelo povo é denominada por ele de “veto do povo”, o qual estaria reservado a um número bem reduzido de decisões do tribunal constitucional (quatro ou cinco), que ocorrem quando uma maioria controversa busca forçar uma determinada interpretação constitucional. Em outras palavras, o veto do povo seria utilizado apenas em casos sem consenso legal e no qual existem construções constitucionais especialmente plausíveis para ambos os lados da questão. Diante de uma decisão obtida por maioria controversa, o caso seria encaminhado ao Poder Legislativo, que decidiria se a matéria deve ser apresentada em referendo para reconsideração. Na hipótese de ser aprovada a reconsideração, a matéria seria então decidida pelo povo, o que colocaria a questão constitucional na pauta pública, provocando o cidadão comum e se manifestar e se informar sobre o tema⁶⁷¹.

O mecanismo referendário deve permitir tempo suficiente entre a decisão do tribunal constitucional e a consulta referendária, para que seja

⁶⁷⁰ DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 168. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018. p. 46.

⁶⁷¹ DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 164-165.

possível promover-se um amplo e vigoroso debate público, minimizando a possibilidade de se decidir a questão de forma açodada ou durante um período de agitação ou conturbação social. A decisão do Poder Legislativo a respeito da decisão de levar ou não o assunto para consulta referendária deve ser tomada por maioria absoluta ou qualificada, de forma a limitar o número de vezes que o povo seria consultado para resolver problemas constitucionais. Com o veto do povo, a soberania popular se situaria acima da Suprema Corte, mas ainda assim o tribunal continuaria sendo o principal porta-voz da constituição, pois o povo só interviria nas hipóteses de discordância entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, e para evidenciar sua inconformidade com a decisão do tribunal constitucional. Mesmo que o veto do povo não afete o resultado do um único caso, ainda assim teria a importância simbólica de colocar o povo no topo da hierarquia constitucional, de restituir a soberania popular e pôr termo à supremacia judicial ou parlamentar⁶⁷².

A objeção mais forte a essa proposta se concentra na ameaça da ditadura da maioria. Ocorre que o veto do povo possui a vantagem de direcionar o debate público para uma questão específica da constituição, pois não seria qualquer decisão que provocaria esse mecanismo. O debate público, transparente e includente permitiria ao povo analisar os pontos de concordância e discordância, focados em um contexto político constitucional orientado. Na verdade, o respeito que a maioria das pessoas já possui pelo tribunal constitucional, permitiria que os ministros estabelecessem os limites do debate quando da tomada da decisão. Também a preocupação com campanhas pró ou contra esta ou aquela interpretação não devem ser motivos de maiores preocupações, já que a objetividade da questão colocada para apreciação referendária seria objetiva e relativamente de fácil compreensão, sendo razoável supor que a maioria das pessoas encontraria fontes confiáveis para colaborar na formulação de seu raciocínio constitucional. Com o passar do tempo, essa

⁶⁷² DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 189. No original em inglês: “*However, even if the People’s veto does not affect the outcome of a single case, it still has the symbolic importance of once again placing the American people at the top of the constitutional hierarchy by giving them a plausible check on an aggressive Court. Over time, citizens may begin to view themselves differently – as the authoritative constitutional interpreters in close cases – not just as hypothetical lawgivers*”.

mudança permitiria ao povo compreender que é ele, e não o tribunal constitucional, quem possui a última palavra em matéria de interpretação constitucional, e passariam a debater sobre o acerto ou não do tribunal constitucional, mesmo naquelas matérias que não foram submetidas ao seu crivo, ampliando, desta forma, a cultura constitucional. Não se espera, entretanto, que o debate público seja semelhante ao de um seminário em um curso de direito, ou que apenas líderes políticos conduzam os caminhos do debate, mas se espera que os ministros dos tribunais constitucionais balizem o debate público, a partir de seus votos⁶⁷³.

Ao longo do tempo, o veto do povo desencadearia um engajamento constitucional entre os cidadãos, meta compartilhada por todos constitucionalistas populares e democráticos. O veto do povo poderia levar o público a pensar com mais frequência e, talvez mais profundamente, sobre a constituição. De forma otimista, pode-se imaginar um permanente diálogo constitucional, com o tribunal constitucional decidindo e o povo respondendo ao que o tribunal empregou como razão de decidir. Desmistificando e popularizando a adjudicação constitucional, o veto do povo pode educar, engajar, e capacitar o cidadão ao longo do tempo. Ao final, o veto do povo é um remédio modesto, limitado a poucas questões. Mesmo com o veto do povo, o *judicial review* ainda preservaria um papel importante para o raciocínio jurídico. A mudança faria com que o povo compartilhasse a responsabilidade pela tomada de decisões constitucionais. Não é exagero supor que isso mudaria sua perspectiva, quando o povo se descobrisse no topo da hierarquia constitucional. O mesmo vale para membros do Poder Legislativo, que seriam convidados a votar se deveriam enviar casos polêmicos para o povo. A perspectiva do tribunal constitucional também mudaria, e poderia até promover uma espécie de humildade judicial, moderando posturas agressivas de supremacia judicial. Finalmente, o veto do povo encorajaria os ministros a escrever de maneira mais direta e acessível, já que suas razões de decidir balizariam tanto o desenvolvimento desse mecanismo no Poder Legislativo, como de sua possível apreciação referendária. Portanto, ao invés de falar em nome do povo, como costumam fazer, os ministros realmente teriam que conquistar o apoio do povo, tomando decisões com base em argumentos jurídicos persuasivos e compreensíveis pela maior parte da população.

⁶⁷³ DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 192

Uma dinâmica como esta pode trazer a constituição para mais perto do povo, colaborando no processo de renovação cívica⁶⁷⁴.

A proposta de Tom Donnelly encontra-se limitada a realidade jurídica e política norte americana. Seu ponto central reside na falta de uma maioria considerável da Suprema Corte na interpretação constitucional. Preocupa-se com a quantidade de vezes que sua proposição poderia ser utilizada e não quanto a qualidade das questões constitucionais em destaque e nem mesmo em relação a discordância entre os poderes envolvidos. A proposta que será apresentada a seguir, utiliza o mesmo instrumento político como parte da transformação desejada, mas procurar tratar ao mesmo tempo a supremacia judicial como causa e consequência dos desacordos razoáveis que existem em uma Sociedade. Outra questão a ser explicitada é que a proposta aqui realizada pressupõe a realidade brasileira do século XXI e a promoção e permanência do texto constitucional de 1988, com seus direitos, institutos e valores.

O referendo popular é instituto previsto na Constituição de 1988 (art. 14, II e 49, XV). Seu procedimento é relativamente simples, sendo que, após autorização do Congresso Nacional, todos os eleitores em situação regular devem se manifestar a respeito de uma importante questão de natureza política ou jurídica. Usualmente são apresentadas aos cidadãos as opções “sim” e “não” diante de uma proposta clara e compreensível. Sabe-se que o Brasil não possui muita experiência democrática referendária. O único referendo nacional realizado na vigência da Constituição de 1988, ocorreu no ano de 2005 e consultava a população politicamente ativa a respeito de dispositivo do Estatuto do Desarmamento (art. 35, da Lei n. 10.829/03). Naquela oportunidade a pergunta realizada foi a seguinte: “você é a favor da proibição do comércio de armas e munição no Brasil?”. Apesar de a maioria (63,94%) ter se manifestado contrariamente a proibição, o comércio de armas de fogo continuou proibido em território nacional (com as ressalvas existentes na legislação).

A proposta apresentada pretende que, a partir da possibilidade de consulta referendária, possa se criar um constrangimento democrático ao Supremo Tribunal Federal, especificamente nas situações em que atua como legislador positivo, isto é, criando direito novo por meio de

⁶⁷⁴ DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018. p. 194.

interpretação constitucional, usurpando competência que a constituição atribui ao Poder Legislativo⁶⁷⁵. Acredita-se que a mera possibilidade de sujeitar o Supremo Tribunal Federal a um procedimento democrático ensejaria profundas transformações no seu modo de atuar, mantendo-o como guardião da constituição, mas não mais como detentor da palavra final em matéria de interpretação constitucional, substituindo-se a supremacia judicial por uma supremacia popular. Aos que buscarem na crítica da democracia referendária oposição a presente tese, já se antecipa que a proposta aqui encetada não é referendar todas as decisões do Supremo Tribunal Federal ao crivo popular, nem sequer a maioria das decisões passariam por este procedimento. Em verdade, conforme será explicado a seguir, apenas uma parcela reduzida de questões decididas pelo tribunal constitucional é que poderiam ser referendadas. A tese busca promover canais democráticos de constrangimento da jurisdição constitucional, de forma a envolver positivamente todas as instituições jurídico-políticas e a Sociedade na busca de um significado constitucional forte e consequência de ampla deliberação pública. A preocupação aqui não é com a quantidade de decisões que poderiam ou não ser submetidas a referendo popular, mas sim em relação a qualidade das decisões que seriam submetidas ao corpo de cidadãos.

Quais decisões do Supremo Tribunal Federal poderiam ser objeto de revisão por referendo popular? Apenas aquelas em que o tribunal constitucional invadir competência reservada pela constituição ao Poder Legislativo, atuando como legislador positivo, inovando o ordenamento jurídico por meio de interpretação constitucional, criando direito onde antes não havia. Não se vincula a proposta ao erro ou acerto do tribunal quanto à questão de fato, mas sim a possibilidade constitucional de o Supremo Tribunal Federal adentrar em competência constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo, usurpando desta forma, matéria política e legislativa reservada aos representantes políticos eleitos para esta finalidade, em eleições periódicas.

⁶⁷⁵ Cf. OMMATI, José Emílio Medauar. De legislador negativo a legislador positivo: as sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, maio/ago. 2016, p. 55-68. Disponível em: <<https://goo.gl/mkz1DS>>. Acesso em: 05 ago. 2018. Cf. PELICOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, abr./jun. 2007, p. 35-47. Disponível em: <<https://goo.gl/Zf3azL>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

Uma outra questão poderia ser suscitada: mas quem decidiria quando o Supremo Tribunal Federal invadiu área de competência reservada ao Poder Legislativo? A resposta é: o Poder Legislativo. Mas isso não transformaria o Poder Legislativo em um super poder da república, podendo censurar livremente o tribunal constitucional naquelas decisões que, por quaisquer motivos, não sejam do interesse dos congressistas? A resposta é negativa. O Poder Legislativo poderia sim arguir invasão de competência em matéria legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, mas não se tornaria o portador da palavra final, não se trata de sair de um sistema de supremacia judicial para um de supremacia parlamentar. Ao avocar para si a questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo poderia, utilizando-se de seus mais variados espaços de deliberação pública (audiências públicas, comissões, plenário, tribuna etc.) avançar no debate, apontar novos argumentos e promover um significativo avanço argumentativo sobre a questão. Na hipótese de, após o trâmite regular no Congresso Nacional, o Poder Legislativo não se opor ao conteúdo da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão então teria efeito *erga omnes*, pois chancelada pelos dois poderes envolvidos na disputa constitucional. Somente na hipótese de o Poder Legislativo opor-se a decisão é que a matéria seria encaminhada a decisão popular, por referendo.

Especificando ainda mais a questão da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, que poderia ser suscitada pelo Poder Legislativo, sob o argumento de invasão de seu campo de competência legislativo demarcado constitucionalmente, com eventual possibilidade de ser objeto de constrangimento democrático, via referendo, se limitaria, com absoluta exclusividade, àquelas situações descritas no art. 102, I, alínea “a” (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e art. 102, parágrafo primeiro (arguição de descumprimento de preceito fundamental). Nestas situações, havendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal imiscuir-se em matéria política-legislativa, reservada pela Constituição de 1988 ao Congresso Nacional (cf. arts. 48 ao 52, CRFB), o Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) poderia suscitar o que aqui se denominará de “questão política”, ou seja, interpor um incidente processual, no qual o Poder Legislativo sustaria os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal na questão específica, que dependeria, então, da aprovação por maioria qualificada do Poder Legislativo.

Feitas as delimitações a respeito do cabimento da intervenção do Poder Legislativo nas situações específicas em que o Supremo Tribunal

Federal poderia agir como legislador positivo, cabe agora explicitar de que forma isso poderia ocorrer no âmbito de uma ação específica. Aqui se busca utilizar um incidente processual assemelhado ao previsto no art. 109, § 5º, CRFB, que admite a possibilidade de o Procurador-Geral da República, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, objetivando assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal⁶⁷⁶. Na proposta de constrangimento democrático do Supremo Tribunal Federal, por analogia ao dispositivo citado, o Poder Legislativo poderia comparecer aos autos, devidamente representado pelo presidente do Congresso Nacional, e apresentar o incidente processual de “questão política”, pela qual manifestaria ao Supremo Tribunal Federal sua inconformidade com possível invasão de competência daquele poder em matéria legislativa reservada pela constituição ao Poder Legislativo, e que possui interesse político e democrático na matéria suscitada perante a jurisdição constitucional, provocando, como consequência da apresentação da “questão política”, que os efeitos práticos da decisão, qualquer que seja ela, devam ser submetidos a aprovação do Congresso Nacional.

Assim, sob o aspecto procedimental e processual, o Poder Legislativo seria autorizado pela constituição (havendo, portanto, necessidade de Emenda à Constituição, neste aspecto) a ingressar nos autos do processo em tramitação no Supremo Tribunal Federal e, com seu ingresso, sustar os efeitos da decisão futura do tribunal constitucional. O ingresso poderia ser realizado em qualquer fase processual, sendo preferível que ocorresse antes da elaboração dos votos dos ministros, de forma que estes documentos possam ser utilizados positivamente em eventual debate legislativo ou público que venha a ocorrer. Ao ingressar no feito, o Poder Legislativo estaria sinalizando ao Supremo Tribunal Federal que não concorda, em princípio, que o tribunal constitucional funcione como legislador positivo na matéria *sub judice*, assim como revela seu interesse público em debater o assunto no espaço representativo popular que deve ser o Congresso Nacional. Por outro lado,

⁶⁷⁶ Cf. CARAM, Marselha Bortolan. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jul./dez. 2007, p. 313-355. Disponível em: <<https://goo.gl/i1w4vM>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

ao tomarem conhecimento da apresentação de “questão política” por parte do Poder Legislativo, os ministros do Supremo Tribunal Federal teriam a possibilidade de elaborar razões de decidir mais profundas, com utilização de argumentos jurídicos, científicos, econômicos, estatísticos e outros, sabendo de antemão que seus votos vão colaborar com o debate legislativo que certamente acontecerá no Congresso Nacional, e com a possibilidade de o assunto ser, eventualmente, solucionado por consulta referendária. A necessidade de apresentar a “questão política” durante o regular desenvolvimento do processo, permitirá que cada ministro tenha conhecimento prévio de que a decisão só surtirá seus efeitos após tramitação no Congresso Nacional, podendo, desta forma, elaborar e expor de forma mais precisa os fundamentos de seu voto, de suas razões de decidir, exatamente como determinado pelo art. 93, IX, CRFB (talvez até de forma mais ampla e fundamentada), promovendo um verdadeiro debate jurídico constitucional, que teria início com os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Explicado como o Poder Legislativo atuaria processualmente nas ações acima especificadas, cabe agora explicar como se daria a aprovação pelo Poder Legislativo da “questão política”. Para que se chegue a situação descrita anteriormente, isto é, apresentação da “questão política” em ação em curso no Supremo Tribunal Federal, antes seria necessário que o Poder Legislativo se manifestasse pela sua apresentação. A interposição da “questão política” em ação em curso no Supremo Tribunal Federal ensejaria um procedimento semelhante a algo já existente na atual sistemática constitucional, que é a criação de Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito, as quais exigem para sua criação, a assinatura de 1/3 (um terço) dos representantes de cada casa do Congresso Nacional (vide art. 58, § 3º, CRFB). Como a proposta versa sobre uma competência do Poder Legislativo federal, representado pela comunhão das duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), nesse caso haveria necessidade de se obter 1/3 (um terço) de assinaturas em cada uma das casas legislativas, de forma a revelar que o Congresso Nacional, representante do Poder Legislativo federal, e não apenas uma de suas casas legislativa, possui interesse e preocupação democrática na decisão vindoura do Supremo Tribunal Federal. As assinaturas seriam recolhidas por qualquer deputado ou senador, na forma prevista regimentalmente para a criação de comissões parlamentares mistas de inquérito (art. 21, da

Resolução n. 1, do Congresso Nacional, de 1970⁶⁷⁷), ou seja, quando requisitada por um terço dos membros da Câmara dos Deputados mais um terço dos membros do Senado Federal, seria instaurada automaticamente uma comissão de deputados e senadores, com a atribuição de analisar o interesse do Poder Legislativo sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em ação especificada no requerimento, invadir competência legislativa reservada ao Poder Legislativo. A “questão política” poderia ser apresentada por qualquer Deputado Federal ou Senador da República, que receberia o ônus de recolher as assinaturas necessárias para a sua concretização. Reunidas as assinaturas necessárias, isto é, um terço de assinaturas dos Deputados Federais (que corresponde a 171 Deputados Federais) mais um terço de assinaturas dos Senadores (que corresponde a 27 Senadores), o documento seria entregue junto a Mesa do Congresso Nacional, que no prazo de vinte e quatro horas deveria instaurar uma comissão parlamentar mista.

Instaurada a comissão parlamentar mista, seria sua atribuição, após sua regulamentar composição, indicar um relator, que seria responsável pela elaboração de um parecer com as conclusões reunidas durante o período de funcionamento da referida comissão. Durante este período, a comissão convidaria as mais diversas autoridades relacionadas com o assunto em pauta na ação que tramita no Supremo Tribunal Federal e que ensejou a sua criação, sem se limitar as restrições relativas, por exemplo, ao emprego do *amicus curiae*. Assim, os mais variados setores representativos da Sociedade poderiam se fazer ouvidos pela comissão e colaborar para a compreensão e posicionamento do Poder Legislativo. O prazo de funcionamento da comissão parlamentar mista estaria vinculado a publicação do resultado da decisão do Supremo Tribunal Federal, o que se considera razoável para a realização de um vigoroso debate legislativo e que possibilitaria a oitiva dos mais variados segmentos da Sociedade pelos membros da referida comissão. Encerrada as atividades da comissão, o relator elaboraria relatório que seria submetido aos membros da comissão, que então receberia um parecer favorável ou contrário ao prosseguimento da questão. Aprovado ou rejeitado o relatório da comissão parlamentar mista, seguiria para deliberação e votação em plenário, em sessão conjunta do Congresso Nacional, devidamente convocada para esta finalidade.

⁶⁷⁷ BRASIL. **Resolução n. 1 do Congresso Nacional**. Disponível em: <<https://goo.gl/wRZjGw>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

Com a “questão política” sendo discutida no Congresso Nacional, certamente haveria interesse da mídia e da própria Sociedade na questão central, que é objeto da matéria processual no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que poderiam então se manifestar a respeito do entendimento de setores significativos relacionados com o assunto em pauta, como Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, Advocacia Geral da União, entre outros setores da Sociedade. A expectativa é que o tema se torne de interesse público e o debate seja promovido nos mais variados espaços públicos e privados e receba, em cada um deles, observações, críticas e sugestões, sempre com vistas a formar um pensamento jurídico-político argumentativo e fruto de um amplo e intenso debate do qual todos são convidados a participar da forma mais significativa possível, com manifestações por redes sociais, publicação de artigos científicos, matérias jornalísticas, reportagens para a televisão e assim por diante.

Em plenário, seria estimulada a participação do maior número possível de deputados e senadores, podendo fazer uso livremente da tribuna para expor seus argumentos políticos e ampliar o espaço deliberativo, até então limitado a comissão parlamentar mista. Após possibilitar que todos os congressistas interessados se manifestem da tribuna, o parecer da comissão parlamentar mista seria colocado em votação. A votação seria realizada em procedimento semelhante ao do veto presidencial, isto é, em votação única, aberta, com a participação dos Deputados Federais e Senadores, ou seja, a “questão política” seria apreciada em sessão conjunta do Congresso Nacional, dentro de trinta dias a contar da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal na imprensa oficial, só podendo ser rejeitada pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

Suscitada a “questão política” perante o Supremo Tribunal Federal, o processo seguiria seu curso normal naquela casa, exceto pela suspensão dos efeitos da decisão e pelo conhecimento da “questão política” por parte dos ministros e de toda a Sociedade. A interposição deste evento de cunho político e jurídico, provocaria uma atenção ainda maior de cada ministro em relação as suas razões de decidir e, especialmente, quanto à fundamentação de seu voto, devendo levar em consideração que além de seus pares, deverão buscar o convencimento dos membros do Congresso Nacional e, eventualmente, do próprio povo. Assim agindo, deverão buscar naquilo que cada ministro acredita ser o conteúdo constitucional adequado debatido no feito e torná-lo claro e coerente, não apenas aos congressistas, seus primeiros apreciadores, mas

para toda a Sociedade, o que inclui os meios de comunicação, organizações sociais, grupos de pressão, entidades religiosas e todo o espectro multicultural que forma a Sociedade brasileira.

Após a decisão final do Supremo Tribunal Federal, e tendo sido apresentada a “questão política”, na forma e condições acima apresentadas, haveria a publicação na imprensa oficial, com a exposição da fundamentação de cada ministro que compõe o Supremo Tribunal Federal, de forma a dar a maior visibilidade possível aos argumentos explicitado nas razões de decidir. No prazo de 30 dias (novamente por analogia ao procedimento do veto presidencial), contados da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal na imprensa oficial, a decisão seria examinada pelo Congresso Nacional, em reunião unicameral, após as manifestações dos congressistas, o Poder Legislativo deveria manifestar-se sobre a concordância ou discordância em relação a decisão (e não sobre as razões da decisão apresentadas pelos ministros). Por votação pública (voto aberto) os Deputados Federais e Senadores devem então manifestar seu posicionamento político com relação a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal e, inclusive, sobre questões políticas e jurídicas que eventualmente não tenham sido examinadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, como encargos financeiros, questões de relações internacionais etc. Neste momento também poderia ocorrer um amplo e vigoroso debate público, com a manifestação do maior número possível de representantes do Congresso Nacional, de forma a promover um debate sério, pautado em argumentos técnicos, jurídicos, políticos, científicos, econômicos, ideológicos e tudo o mais que a arena política proporciona.

Na hipótese de o Congresso Nacional “vetar” a decisão do Supremo Tribunal Federal, estar-se-ia diante de uma disputa entre poderes da república, ou seja, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em um determinado sentido e o Congresso Nacional manifestou-se contrariamente. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, em um caso hipotético e meramente exemplificativo, determina a remoção de todo e qualquer símbolo religioso das repartições públicas brasileiras, seja federal, estadual, distrital ou municipal, e o Congresso Nacional demonstra sua inconformidade com essa decisão, ao rejeitar a decisão por meio da apresentação da “questão política” e agora da aprovação do relatório da comissão parlamentar mista, equivalente ao veto. Diante do impasse surgido, Supremo Tribunal Federal aponta um determinado caminho e o Congresso Nacional rejeita o caminho indicado na decisão do Supremo Tribunal Federal, é que haveria a necessidade concreta de se

recorrer à consulta popular referendária, de forma a afirmar que o intérprete último e maior do texto constitucional é o povo.

Entre o período de formação da comissão parlamentar mista e a decisão do Supremo Tribunal Federal, uma série de eventos públicos, e até mesmo privados, estaria promovendo o debate público. O assunto poderia se tornar objeto de discussão em salas de aula, seminários, palestras, congressos, manifestações públicas, os meios de comunicação certamente levariam o tema para suas pautas jornalísticas, o que envolveria ainda mais o povo no debate. Outro aspecto relevante diz respeito a data do referendo, que coincidiria com a data das eleições gerais ou locais e certamente exigiria que os candidatos também se envolvessem no debate e que seus posicionamentos fossem publicamente manifestados. Não se pretende aqui que as eleições sejam pautadas pelo tema específico do referendo a ser realizado, mas que ele também colabore na formação da escolha do eleitor em relação às propostas de seus candidatos. O referendo seria então realizado conjuntamente com as eleições gerais (nacionais) ou locais (municipais), que ocorrem a cada dois anos (de acordo com o modelo em vigor), permitindo, desta forma, que o tempo fosse suficientemente razoável para a formação de um debate político sério, sem açodamento, de modo a permitir que o tempo, as críticas, as defesas, enfim, que a consciência democrática nacional possa se manifestar em sua plenitude, dando corpo legítimo ao sentido constitucional e promovendo uma participação mais ativa e cidadã no destino e na formação da vontade política do estado brasileiro, que teria cidadãos mais informados, mais deliberativos, debatendo em torno de ideias devidamente fundamentadas, transparentes, com informações e dados estatísticos a fornecer um embasamento mais amplo e concreto a respeito do tema envolvido, com a ressalva de se assegurar um interstício mínimo de um ano entre a decisão do Poder Legislativo e a consulta referendária. A opção pela identidade entre eleições e referendo também envolve uma questão econômica relevante, já que os custos com a eleição são significativos e exigem um aparato considerável de recursos humanos e materiais. Nada impede também que, com a avanço da tecnologia eleitoral, outro ferramental tecnológico possa vir a ser utilizado nesta atividade.

A mudança apresentada poderia promover significativamente o espaço democrático brasileiro, o qual é objeto de muitas críticas (algumas até bem fundamentadas), densificando o nível do debate, que muito antes do “sim” ou “não” no referendo, seria ocupado por argumentação, por razões políticas sólidas, por evidências científicas, por dados estatísticos

que colaborariam para a formação da consciência democrática cidadã, permitindo inclusive a educação democrática de significativa parcela da população, para quem a constituição é apenas aquilo que os juízes querem que ela seja. Não se deve falar em prejuízo institucional, muito pelo contrário, as instituições e poderes sairiam desse processo democrática e legitimamente reforçadas, particularmente pela educação política e jurídica que submeteria a todos, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Sociedade. Desta forma, não se pode dizer que a mudança estaria sujeita a um “sim” ou “não” da população, porque haveria um amplo e vigoroso enfrentamento do posicionamentos, questões políticas e jurídicas seriam apresentadas com base em argumentos, o debate teria se espalhado pelos mais variados ambientes e o povo, quando chamado a dizer “sim” ou “não” o faria lastreado por um amplo conjunto de informações que lhe permitiriam formar uma sólida opinião a respeito da questão, que seria apenas veiculada em forma de “sim” ou “não”, mas que não se resumiria apenas a este ato. Reduzir a proposta a um simples embate entre O “sim” e o “não” do povo é ignorar que as decisões, todas as decisões, são também manifestadas por meio de um “sim” ou um “não”.

É preciso consignar que o resultado do referendo seria obrigatório. Pouco sentido haveria uma transformação como esta, em que se propõe a saída de um modelo de supremacia judicial para um modelo de supremacia popular, se o resultado obtido não fosse cogente e vinculativo, tanto para o Poder Legislativo quanto para o Poder Judiciário. No caso de a maioria se manifestar concordando com o entendimento do Poder Legislativo, equivaleria a dizer que a Sociedade brasileira não deseja a inovação normativa apresentada pelo Supremo Tribunal Federal, agindo como legislador positivo. Isto também não significa que este posicionamento vigorará *ad aeternum*, apenas que naquele momento, não se deseja a transformação proposta pela interpretação jurisdicional. Nada impede que, em momento futuro, modificadas as condições políticas, o tema volte a ser objeto de deliberação jurisdicional ou mesmo política. Não há como impedir que os legitimados à propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade ingressem no Supremo Tribunal Federal com seus pedidos. Caberá aos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal atuar com habilidade e humildade e se curvar a manifestação popular ou não, conforme as circunstâncias políticas de cada momento.

O atual projeto de supremacia judicial seria transformado em supremacia constitucional popular, de uma constituição viva, sentida e compreendida pelo povo, que se compromete democraticamente a

realizá-la, a torná-la efetiva, concreta, real, enfim, a transformar as palavras da constituição em práticas cotidianas, porque agora conhecido e compreendido o seu significado e alcance. É uma virada epistemológica constitucional, que deixa de ser conhecida apenas por uma elite jurídica e passa a ter que conviver, e se explicar, para toda a comunidade que vive sob seus comandos. A exigência do debate público demanda prévio conhecimentos dos termos que estão sendo discutidos, de forma que a virada, mais que linguística, será de conhecimento e intervenção constitucional, será uma profunda transformação no sentido de constituição e nas possibilidades constitucionais.

O medo com que alguns ainda se referem à democracia é ilusório e criado *a priori*, pois parte do pressuposto que as “massas” não possuem a educação nem o discernimento necessário para tomar decisões políticas relevantes, ou então de que possuiriam tarefas mais atuais para realizar, como cuidar de seu trabalho, alimentar a si e sua família, enfim, questões fisiológicas básicas, e por isso não haveriam de se dedicar ao exame profundo das questões que são analisadas por ministros do Supremo Tribunal Federal ou pelos membros do Congresso Nacional. Esse argumento desconsidera que as decisões precisam ser tomadas, alguém ou algum órgão constitucionalmente, há que dar o sentido último à vontade constitucional. No Brasil, hoje, esse sentido é determinado pelo Supremo Tribunal Federal, sem a interferência de nenhum outro poder do estado. Com a possibilidade de haver uma participação efetiva e majoritária do Congresso Nacional e, nos casos de rejeição congressual da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal, a população politicamente ativa seria convocada a manifestar-se, em referendo público, com prazo razoável, para que o debate público fosse valorizado e pudesse, de fato, promover o interesse pela questão e permitir a formação de um juízo de valor fundamentado a respeito da questão.

O constrangimento referendário ao exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses em que atua como legislador positivo, poderia promover o empoderamento do cidadão, que de forma responsável, se tornaria o arquiteto do plano constitucional, permitindo que cada membro da comunidade política se sinta um membro efetivo e participante da formação da vontade e do destino político do estado e não um mero contribuinte ou pagador de tributos. Poderia também promover uma restituição constitucional de competências, fazendo com que os tribunais voltem a ser tribunais, que o legislativo, volte a legislar e a funcionar como casa legislativa representativa da vontade política do corpo social, e não de bancada deste

ou daquele tipo, enfim, que cada órgão constitucionalmente criado e com competências bem delimitadas, passe a exercer sua missão constitucional, a partir da educação democrática e cidadã que seria formada a partir da possibilidade do constringimento referendário.

A constituição seria, de fato, devolvida aos cidadãos. A categoria “povo” só existe em sentido jurídico, como limite pessoal da jurisdição⁶⁷⁸. É o povo quem, em uma ordem democrática se dá uma constituição. Os poderes constituídos devem sempre, se houver democracia, respeitar e consultar a vontade de seus cidadãos, para evitar que a república democrática estabelecida, transforme-se em aristocracia jurisdicional, ou, pior, em ditadura da magistratura. A constituição, e o povo que vive sob ela e é o seu fundamento político, não precisam de elitismo hermenêutico, mas de um choque democrático de realidade, de uma possibilidade, real e concreta, de poder revelar às elites burocráticas brasileiras, o sentido popular da constituição, os caminhos que a Sociedade deseja que seus representantes trilhem, as verdadeiras ambições do povo brasileiro.

Nem mesmo a possibilidade de um resultado referendário “errado” pode servir de argumento contrário à proposta, pois que também os ministros do Supremo Tribunal Federal e os congressistas estão sujeitos a mesma possibilidade de erro. Onde quer que haja uma decisão, a possibilidade do erro existe. Maior ou menor em determinadas circunstâncias evidentemente, mas não permite antecipar que, pelo fato de ser tomada coletivamente, será necessariamente errada. A proposta aqui apresentada não pretende uma alteração profunda ou revolucionária da realidade constitucional existente, pelo contrário, reconhece na constituição o fruto de um produto humano, algo não perfeito, transitório até, mas que se manifesta inexoravelmente pelo seu sentido democrático. A constituição não é perfeita, alertava Ulisses Guimarães quando da sua promulgação, prova disso é que seu texto prevê a possibilidade de emendas. Não se trata também de proposta fechada, que não aceite o diálogo com outras teorias e processos ou procedimentos. O que se faz aqui é propor uma alteração significativa, construída durante a vigência da Constituição de 1988, de uma supremacia judicial, levada a cabo principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, por uma supremacia constitucional democrática popular, na qual o povo seja o seu titular último.

⁶⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 15.

Paradoxalmente, a proposta pode se revelar radical, transformadora, profunda, impossível de ser concretizada. Mas isso também não condiz nem com a realidade, nem com as possibilidades constitucionais já existentes. A democracia é princípio constitucional fundamental e é a base sobre a qual se ergueu o edifício constitucional de 1988. Não há saída fora da democracia, do debate, do diálogo, do posicionamento político entre possibilidades variadas. A Sociedade contemporânea é plural e demanda que suas vontades constitucionais não sejam afastadas dos fóruns legítimos e democráticos de debate. Os problemas da Sociedade precisam encontrar solução no seio da própria Sociedade e não em autoridades constituídas que, por mais que se esforcem na fundamentação e argumentação de suas decisões, precisam submeter-se ao constrangimento democrático.

A democracia, base da reconstrução do estado brasileiro, não pode ser compreendida como a mera possibilidade de votar a cada dois anos (eleições gerais e eleições locais), nem representada apenas pelo porte do título de eleitor, a democracia tem que estar presente no cotidiano das pessoas, nas suas discussões, nos almoços em família, nas salas de aula, nas redes sociais, nos meios de comunicação. O cidadão só será plenamente educado para a democracia se agir democraticamente, se tiver a possibilidade concreta de transformar democraticamente a vontade política do estado brasileiro. A importância desse constrangimento democrático referendário permitirá, em tese, um reforço das instituições jurídicas e políticas já constitucionalmente previstas, assim como permitirá o aparecimento de novos e ainda inéditos canais de comunicação social, que promovam a participação cidadã no destino do estado, que incentivem a ocupação dos espaços de debates, com argumentos, informações, dados, enfim, com todo o instrumental próprio a desenvolver uma democracia participativa.

A realidade é complexa. Cada ser humano se separa dos outros em diferentes aspectos da realidade. A realidade não é feita de imediato, e nem é legível de maneira evidente. A realidade depende da aposta, que convida todos para a ação, mas reconhece os riscos, incita uma dialética entre o ideal e o real. Surge um paradoxo inédito, no qual a realidade se torna utópica, o possível se torna impossível. Mas há também uma utopia realista, e há um impossível possível. É necessário assumir uma postura de resistência, dispor da esperança na desesperança, pois não é a esperança que faz viver, é o viver que faz a esperança. O inconcebível faz todas as grandes transformações impensáveis antes de se terem produzido. O improvável afirma que tudo o que aconteceu de bom na

história sempre foi *a priori* improvável. A ideia do salvamento exige uma tomada de consciência do perigo, pois onde cresce o perigo, cresce também o que salva. A vida não comporta segurança. A aventura continua desconhecida, já que a tarefa é imensa e incerta⁶⁷⁹.

A democracia é valorizada pelo valor coletivo do autogoverno, um valor com poderosas e contestáveis implicações, que incluem uma estrutura de discurso público sem censura e sem fim, que pressupõe a ampla participação dos cidadãos. A democracia se orienta para o futuro, diz respeito ao poder das pessoas decidir seu próprio destino, e isso requer uma estrutura social que preserve continuamente o potencial de refazer a identidade individual e coletiva do povo. Mas o futuro previsto e desejado pela democracia pressupõe um compromisso contínuo com pelo menos um valor pré-existente, o da própria democracia⁶⁸⁰. Todo processo político é turbulento e cria as mais diversas resistências. Não é tarefa fácil conciliar a prática política que está na base do processo constitucional vigente. Haverá resistências de grupos historicamente privilegiados, preocupados com a perda de seus privilégios, do *status quo*, buscando novos privilégios materiais ou simbólicos, mas também haverá grupos historicamente oprimidos e marginalizados que acreditam que as mudanças ainda permanecem aquém de suas expectativas⁶⁸¹. Mas permanece sempre o ideal da esperança, que “não é a convicção de que alguma coisa vai dar certo, mas a certeza de que alguma coisa faz sentido, independentemente do que virá a acontecer com ela”⁶⁸². No dia 11 de

⁶⁷⁹ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução de Paulo Neves da Silva. 6. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 163 e seguintes.

⁶⁸⁰ POST, Robert C. Democracy, popular sovereignty and judicial review. **California Law Review**, Berkeley, vol. 86, n. 3. p. 429-443. Disponível em: <<https://goo.gl/zAuRqZ>>. Acesso em: 01 fev. 2018. p. 439. No original em inglês: “*Yet the open-ended future envisioned by democracy always presupposes an ongoing commitment to at least one pre-existing value, that of democracy itself. For that reason, democracy depends upon a social structure that sustains and nourishes the value of collective selfdetermination as constitutive of collective and individual identity*”.

⁶⁸¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Refundación del estado en America Latina**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. p. 132.

⁶⁸² CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. Tradução de Mayra Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2014. p. 563.

novembro de 1947, em discurso perante a Câmara dos Comuns na Inglaterra, Winston Leonard Spencer-Churchill, primeiro ministro britânico afirmou que muitas formas de governo foram experimentadas, e ainda serão experimentadas. Ninguém espera que a democracia seja perfeita ou onisciente. Na verdade, a democracia é a pior forma de governo, exceto todas as outras formas já experimentadas⁶⁸³. Ao se submeter tudo ao Poder Judiciário, a Sociedade se conecta a novos sacerdotes que tornam a cidadania sem efeito, desvalorizando o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor ou um telespectador⁶⁸⁴

A proposta aqui apresentada pressupõe o valor democracia como o mais saudável de um sistema político que utiliza o controle de constitucionalidade, como é o caso do Brasil, mas não o faz sem o valor esperança, pois acredita que a democracia, assim como a vida humana, é uma aposta, e que a democracia é a melhor aposta que se pode fazer em um estado democrático de direito. Democracia é mais do que o direito ao voto, e mais do que dizer “sim” ou “não” em um referendo. O povo cria a constituição e a ela se submete, nada mais razoável de que o próprio povo possa, em última instância dar o significado à sua criatura. Democracia é poder popular em constante exercício, é a possibilidade de constranger qualquer poder constituído. Em uma democracia desmoralizada, viver democraticamente é um ato revolucionário.

⁶⁸³ POWER, Timothy J. e JAMISON, Giselle D. Desconfiança política na América Latina. **Opinião Pública**, Campinas, mar. 2005, p. 64-93. Disponível em: <<https://goo.gl/MmTuwh>>. Acesso em: 06 ago. 2018. p. 83. CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Informe Latinobarómetro 2004-2015**. Santo Domingo: Corporación Latinobarómetro, 2015. p. 5. No original em espanhol: “Churchill acuñó la idea que la Democracia es el ‘peor sistema de gobierno excepto por todos los otros’. Es por ello que se ha diseñado una pregunta para medir el apoyo genérico a la democracia que evalúa el grado de acuerdo con la frase ‘la democracia puede tener problemas, pero es el mejor sistema de gobierno’”.

⁶⁸⁴ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardador de promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 61-62.

11. CONCLUSÃO

A conclusão é a parte que encerra o relatório da pesquisa, mas certamente não é o fim do trabalho. Há muito ainda por percorrer para alcançar uma aproximação ideal com o valor democracia fundante do estado brasileiro. O modelo de constrangimento democrático ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal aqui proposto, lança algumas luzes sobre possibilidades e apostas democráticas, que podem ou não se concretizar. A democracia não é um conceito simples, nem uma ideia pronta e acaba, mas um permanente construir de significados e sentidos. Apostar na democracia não significa que o resultado será correto, significa acreditar que o procedimento democrático permitirá que o maior número possível de pessoas se envolva na atribuição de sentido à constituição. A constituição é feita pelo povo e para o povo, portanto nada mais razoável que o próprio povo seja o soberano em matéria de interpretação constitucional, superando as noções de supremacia parlamentar ou judicial.

Não há grau zero de conhecimento, toda produção teórica parte de uma base prévia de conhecimento. Não é diferente com o tema da presente pesquisa, que encontra em períodos remotos da humanidade uma preocupação constante com o controle do poder (noção moderna de constitucionalismo) e com o respeito e aplicação das normas constitucionais (controle de constitucionalidade), razão pela qual se procurou em autores da antiguidade, ou que trataram sobre a organização política daquele período da humanidade, os marcos históricos e teóricos que nortearam o assunto em tela ao longo do processo de desenvolvimento histórico da humanidade. A pesquisa realizada partiu de antigos referenciais teóricos, políticos e jurídicos com a finalidade de evidenciar os mais relevantes aportes científicos em matéria de controle de constitucionalidade, atividade política, jurídica e suas imbricações com a democracia. Foi possível identificar que a história humana é repleta de altos e baixos em todos esses critérios. Não há linearidade na evolução da Sociedade humana, razão pelo qual seria até mais apropriado falar-se em deslocamentos históricos, com seus avanços e retrocessos, fluxos e refluxos, uma caminhada tortuosa na permanente busca da melhor forma de governo, particularmente da melhor forma de governo constitucional.

A constituição é um documento referência há centenas de anos. Desde a antiguidade até a época atual, sempre houve alguma espécie de

conteúdo jurídico a impor regras de poder que vigoraram em cada Sociedade, em cada época. A noção de constituição como instrumento de controle do poder pertence aos modernos, aos revolucionários do século XVIII, que imprimiram uma marca indelével a esse documento. Ao constituir-se, cada povo exprime seus traços mais marcantes e determina o modo pelo qual deseja desenvolver seus projetos de vida futuros, se amarra ficticiamente a algo como o mastro do navio de Ulisses, sem ter toda a racionalidade do experiente capitão da mitologia grega. Determinados valores são entrincheirados no texto constitucional com a finalidade de evitar que maiorias futuras transformem negativamente os valores e direitos constitucionais assegurados às minorias, com o evidente custo de recusar às gerações futuras a possibilidade de, no âmbito de vigência da constituição, alterar, reduzir ou até mesmo revogar os direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O caminho percorrido foi longo. Inúmeras características, fatos, teorias e abordagens ao longo da história humana imprimiram a forma da Sociedade contemporânea. Muitos desses aspectos foram colacionados ao longo do trabalho, mas certamente muitos outros ficaram de fora e, se analisados mais detidamente, talvez pudessem conferir um outro resultado à pesquisa. Mas para os limites estabelecidos ao início, os principais argumentos, teorias, acontecimentos e críticas foram apresentados. Há que se aguardar por novas críticas para poder dar os próximos passos.

Viu-se que é possível admitir teoricamente que a noção de controle de constitucionalidade pode ser tão antiga quanto os primeiros agrupamentos humanos, já que em toda Sociedade política existem, e sempre existiram, regras de exercício de poder, que como tais, necessitavam ser observadas, daí que as regras de poder (superiores) em confronto com outras regras (inferiores), formavam uma fagulha, um germe do que se denomina na atualidade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Um largo período da humanidade foi necessário para se chegar ao modelo atual, de supremacia da constituição, não sem encontrar grandes resistências e até mesmo realidades que ainda trabalham com modelos diversos. Mas a constituição se impôs e fez com que governantes e governados tivessem que aprender a viver e conviver sob suas determinações. Evidentemente que as conquistadas advindas da constituição receberam muitos e variados ataques, de diversos campos do conhecimento humano. Diferentes fórmulas foram e continuam sendo empregadas com a finalidade de conter o poder, seja

ele de quem governa, de quem faz as leis, de quem aplica as leis e mesmo de quem, em última instância é o detentor desse poder, o próprio povo.

A ideia central do constitucionalismo sempre esteve associada com movimentos de limitação do exercício do poder e com a proteção de um conjunto mínimo de direitos. Apesar de se tratar de um conceito polêmico, que possui concepções diversas, foi possível identificar sua conexão com a existência de uma constituição, preferencialmente escrita, com a importância e o papel desempenhado pela constituição na Sociedade em que se encontra inserida e com o desenvolvimento histórico e jurídico de um determinado estado. Mesmo com referências à presença do constitucionalismo na antiguidade, seu registro mais marcante é encontrado na modernidade, com o surgimento das constituições escritas e rígidas, compromissórias de direitos relacionados à liberdade individual, em movimentos revolucionários dos séculos XVIII e XIX, tanto no continente europeu como no continente americano. Aqui o constitucionalismo revela seu traço mais marcante, a necessidade de conter o arbítrio de quem está no poder, com a consagração do princípio do estado de direito, submetendo tudo e todos ao domínio do direito, como um valor essencial ao modelo de civilização ocidental.

No estado antigo, seja na pólis grega, seja na *civitas* romana, já se encontram elementos reveladores da preocupação dos antigos com a forma de exercício do poder e com o respeito devido aos membros da Sociedade, como destacado por autores como Fustel Coulanges e Friedrich Engels. Mas ainda havia nesse período uma ausência de fundamentação para o direito dos homens, o direito positivo, sendo que se buscava em uma entidade divina, na natureza ou na razão humana, uma maneira de fundamentar e justificar a ordem divina e, principalmente, o exercício do poder por seus detentores. A antiguidade produziu uma série de conhecimentos ainda hoje fundamentais e em alguns aspectos não superados. O gênio de Aristóteles expôs aspectos fundamentais da natureza humana, a necessidade de viver em Sociedade, a necessidade de compartilhar seus sucessos e fracassos com o restante da humanidade, com os membros da pólis, razão pela qual afirmava ser o homem um animal político, um animal que vive na pólis, ambiente natural e necessário da política, de ser o homem um animal que possui a capacidade de decidir como viver, de decidir sob quais regras viver, enfim, de decidir o sentido das regras sob as quais decidiu viver.

O brocardo *ubi societas, ibi jus* permitiu teorizar a possibilidade de que se havia um conjunto de regras a determinar o comportamento da

mais primitiva Sociedade humana, também haveriam normas de exercício e controle do poder, razão pela qual se pode admitir a possibilidade de que o controle de constitucionalidade e o constitucionalismo, ao menos na essência de suas concepções, sejam tão antigos quanto a humanidade. A história de Antígona fez lembrar, além do contraste entre o direito natural e o direito positivo, a relação entre leis superiores e inferiores, que quando se chocam, deveriam dar lugar e respeito às superiores, evidenciando uma característica muito antiga do atual modelo de controle de constitucionalidade das leis, mas tendo como referencial não a moderna noção de constituição, mas os valores, costumes e tradições ancestrais e de caráter divino, respeitadas e praticadas naquele período da história humana. No período democrático da Grécia, especialmente em Atenas, foi utilizada uma figura que pode ser comparada de maneira mais enfática com o controle de constitucionalidade, a *graphè paranomon*, que podia ser manejada por qualquer cidadão em face de uma *psefisma* (legislação ordinária), isto é, de uma medida contrária a *nomos* (legislação constitucional). Já os romanos preocuparam-se mais com a organização da vida privada, com as normas de regência do direito civil, o que não significa que o período não tratou das questões relacionadas com as normas de direito público, mas revelaram encontrar na natureza e na razão humana (*recta ratio*) o fundamento maior, com o qual deveria ser contraposta a legislação ordinária, criando as bases futuras do direito natural.

No período medieval um importante documento, de pouca aplicabilidade prática no período, serviu de norte para as futuras constituições, a *Magna Charta Libertarum*, assinada em 1215 pelo monarca João Sem Terra, que submeteu seu poder a assembleia de nobres ingleses. Na modernidade uma série de obras colaboraram na demarcação do modo de exercer o poder, dentre as quais foi destacada a obra de Thomas Hobbes, que defendeu uma lógica absolutista de concentração do poder nas mãos do soberano, consequência natural da vontade divina. Mas o absolutismo chegou ao seu fim com as revoluções liberais, que apresentaram ao mundo uma nova referência jurídica: a constituição, escrita, rígida, superior às demais normas jurídicas que consagraram os direitos de liberdade de todo indivíduo pertencente a espécie humana, mas ainda sem caráter normativo. A constituição funcionava como uma carta de princípios, que recomendava aos governantes como agir em relação ao exercício do poder, sem ser dotada, entretanto, de força normativa para ter seu conteúdo exigido perante os tribunais ou cobrado em ações efetivas do poder público.

Na França, após a revolução de 1789, o Poder Judiciário era visto com desconfiança, já que a magistratura representava os interesses da nobreza decadente e antagonizava com os novos valores burgueses, sendo os tribunais compreendidos como a *bouche de la loi*. A proposta de criação de um *jury constitutionnaire* por Emmanuel Joseph Sieyès não foi adiante, prevalecendo a proposta de Jean-Jacques Rousseau, da lei como expressão da vontade geral, que apenas o parlamento poderia controlar politicamente, daí a fórmula francesa de controle de constitucionalidade por um *Conseil Constitutionnel*.

Com a finalidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, dois modelos se destacaram, o modelo americano, famosamente atribuído à decisão do *Chief Justice* John Marshall, no ano de 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, sendo que sua verdadeira importância não foi o mérito debatido na ação, mas o fato de o Poder Judiciário ter se declarado competente para verificar a constitucionalidade de leis e atos de outros poderes. O controle de constitucionalidade nasceu sob uma constituição que não o previu expressamente, surgiu da prática jurisprudencial norte-americana. O outro modelo, conhecido como europeu, proposto por Hans Kelsen para a constituição da Áustria de 1920, previu a criação de tribunais ou cortes constitucionais com a tarefa de controlar a constituição a partir de um órgão judiciário superior ou mesmo não pertencente à organização judiciária tradicional. A realidade política e jurídica mudou consideravelmente desde então e não foi diferente com os modelos de controle de constitucionalidade, que se tornaram mais híbridos, mais complexos e mais afastados da população em geral, quase assumindo uma imagem paternal para a Sociedade. A noção que se contemporaneamente de controle de constitucionalidade pode ser atribuída a John Marshall e Hans Kelsen. Com John Marshall se coloca em prática o *judicial review*, com Hans Kelsen se cria um tribunal encarregado do monopólio deste controle.

A constituição é documento no qual são fixados os regramentos elementares da organização política do estado, estabelecendo os limites para o exercício do poder, funcionando como um amálgama da vontade política da Sociedade, da vontade de constituir-se política e socialmente como agrupamento organizado e pautada em um conjunto de normas que orientem as ações futuras de seus cidadãos e governantes. Como acordo fundamental e fundante do organismo político, forma e transforma a Sociedade. Forma por que lhe dá sentido e unidade. Transforma porque está aberta a múltiplas interpretações, apropriando-se e sendo apropriada por todos os membros do acordo que a fez nascer. A vontade contida na

constituição exige sua compreensão para que possa ser concretizada, não estando presa a nenhum princípio universal de interpretação. A constituição possui uma pluralidade de significados, é um conceito polissêmico e polêmico, que forma um elo entre os mais variados aspectos da vida em Sociedade.

Diante da necessidade de interpretar a vontade constituinte contida no texto da constituição, sempre houve uma persistente disputa para determinar quem seria o responsável em última instância para dar o seu sentido, o seu guardião maior. Durante muito tempo este lugar foi ocupado pelo Poder Legislativo (supremacia parlamentar) ou pelo Poder Judiciário (supremacia judicial). Particularmente no Brasil, verificou-se que nas últimas décadas ocorreram diversos movimentos políticos e jurídicos com a finalidade de afirmar que esse poder compete ao Supremo Tribunal Federal, já que a própria constituição teria lhe reservado o papel de guardião (art. 102, *caput*, CRFB). Os ministros que integram o tribunal não vacilam ao afirmar que possuem as melhores qualidades intelectuais e morais para fazer frente a este desafio. É certo que o Supremo Tribunal Federal é um órgão especial na tarefa de dar sentido à constituição, mas não é o único. Sua deferência consiste na expectativa constitucional de um órgão jurisdicional típico, politicamente isento e imparcial, que prima pela técnica jurídica. Ocorre que, longe de atuar como um tribunal, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando um papel significativamente ativo em relação às instituições políticas brasileiras, de modo a produzir uma centralidade das ações políticas. Não se trata de aplaudir os acertos e criticar os erros, mas sim de identificar os motivos desta forma proativa de agir e verificar sua adequação ao modelo constitucional instaurado em 1988. Verificou-se que não se trata de um fenômeno exclusivamente brasileiro, em diferentes partes do mundo os tribunais se destacam como protagonistas políticos.

A decisão de constituir o Brasil em um estado democrático de direito foi tomada com a clara e fundamental intenção de submeter todos os órgãos constituídos à força vinculante do princípio democrático, de modo que nenhuma autoridade ou instituição pública está acima da lei e da vontade popular do povo brasileiro. A atividade desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal não lhe confere competência para atuar em desfavor do princípio democrático que o originou e que delimitou suas competências e prerrogativas, havendo, portanto, diante do quadro atual, a necessidade de submeter a jurisdição constitucional a um constrangimento democrático, no qual a vontade da constituição será determinada em última instância pelo próprio povo, sob pena de transformar o estado

brasileiro em uma república de juízes. Essa atribuição popular encontra assento especialmente nas questões relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, que se revela em diversas formas e momentos, mas se caracteriza basicamente como atividade de filtragem constitucional, ou seja, as leis e atos normativos, assim como as atividades executivas devem se submeter ao que foi estabelecido no pacto constitucional. O Brasil tem aceitado o modelo de supremacia judicial, oriundo dos Estados Unidos, sem identificar claramente os pontos de aproximação e, principalmente, de distanciamento entre essas duas realidades, misturando e confundindo o sistema da *common law* com a *civil law*. Mas há uma questão que se revela intransponível, alguém deve dar o sentido último para a constituição. As soluções encontradas até o presente momento variam, em maior ou menor grau, entre soluções legislativas e jurisdicionais, mas em nenhuma dessas soluções há previsão de consultar o maior interessado, o próprio povo, de quem emana todo o poder, razão pela qual defende-se a tese de que a atribuição última do significado da constituição, teria não só a permissão, mas a imperiosa determinação para que o povo, em casos que ultrapassem a normalidade da relação entre os poderes, seja estimulado a diretamente atribuir o sentido último, a dar a palavra final de sentido à constituição, vocacionando, desta forma, o fundamento democrático no qual se constitui o Brasil. É a democracia que converte o arbítrio do estado em poder do povo. Sem democracia não há estado ou direito legítimo. As intervenções dos órgãos do Poder Judiciário apenas se legitimam quando não substituem as tomadas democráticas de decisão. O Poder Judiciário não possui competência constitucional para exercer atividade política legislativa, criando direito novo, atuando como legislador positivo, por meio de interpretação constitucional, provocando o enfraquecimento do princípio democrático e das esferas políticas como espaço adequado à resolução das grandes questões nacionais.

A separação dos poderes, tema no qual se insere o controle de constitucionalidade, deixou de ser mera técnica de repartição de competências para se transformar em instrumento de efetividade democrática, pois somente na democracia é possível a submissão dos poderes à vontade popular. É a vitória do primado democrático sobre o tecnicista, a alforria do presente e do futuro em relação ao passado. O estado democrático se estabelece por meio do Poder Legislativo, que em teoria, revela o sentimento ou a vontade popular, mas mesmo diante da crise de representatividade experimentada na atualidade, a jurisdição constitucional não é um substituto apropriado da democracia. As últimas

décadas evidenciaram uma transição rápida para o que pode ser chamado de juristocracia. Transferiu-se um poder sem precedentes para o Poder Judiciário, de modo que praticamente não há mais nenhuma controvérsia política, moral ou pública que mais cedo ou mais tarde não seja judicializada.

A questão do entrincheiramento de direitos também foi analisada e, sob o recorte metodológico proposto, acredita-se superado o óbice para a construção de um contrangimento democrático em relação ao modelo de supremacia judicial atualmente em vigor no Brasil. O entrincheiramento protege as normas constitucionais de arbítrios majoritários que eventualmente possam vir a controlar o governo ou a legislatura. A Sociedade possui razões sólidas e de seu próprio interesse para se vincular às exigências majoritárias, inclusive ao entrincheiramento de valores políticos e jurídicos profundamente enraizados na consciência social. A ideia de que o poder limitado pode ser mais poderoso do que um poder ilimitado revela um paradoxo, mas também a melhor explicação porque a Sociedade se submete às restrições constitucionais. A autorrestrição para o aumento do poder explica o sucesso das constituições ao longo de mais de dois milênios. Como sei viu, se a limitação do poder não produzisse um poder maior, provavelmente as constituições nunca teriam assumido o relevante papel que representam atualmente na vida política.

O Brasil experimentou uma série de mudanças políticas com reflexo no ordenamento jurídico, consequência de uma tardia constitucionalização, após longo período de autoritarismo. A constituição de 1988 não é perfeita, sua arquitetura pretendeu um modelo de separação das funções do estado (poderes) baseada em um sistema presidencialista, com um sistema de *judicial review* relativamente fraco e com o exercício de uma democracia representativa fundamentada em amplo rol de direitos fundamentais. Mas a realidade subverteu o projeto constituinte e o Poder Judiciário assumiu a *imago paterno*, mas a Sociedade tornou-se órfã. A constituição não é o que o Supremo Tribunal Federal diz, nem aquilo que os poderes ocultos querem que o Supremo Tribunal Federal diga. A democracia não necessita do juiz Hércules ou de uma entidade jurídica semidivina. Precisa concretizar o fundamento constitucional de que todo o poder emana do povo.

A constituição passou a ser levada a sério, tornou-se mais conhecida, superou os muros do universo jurídico e promoveu a inclusão das minorias. A judicialização da política, a politização do judiciário, o

protagonismo do Supremo Tribunal Federal, a crise de representatividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, exige um novo referencial teórico democrático para o exercício da jurisdição constitucional, já que atualmente, os temas mais sensíveis da Sociedade brasileira foram, estão sendo ou serão apreciados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, combinando traços do *judicial review* que se caracteriza por ser incidental, difuso, declaratório, *inter partes*, *ex tunc* e concreto, com o modelo europeu, no qual a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita em um processo que visa apenas à defesa da constituição, independentemente de litígio entre as partes. A principal intenção do modelo europeu é evitar a disparidade de decisões em face de um mesmo tribunal constitucional, como é possível ocorrer no modelo norte-americano, prejudicando a noção comum de segurança jurídica, diante da ausência, nos países ligados à matriz jurídica romano-germânica, como é o caso do Brasil, do princípio do *stare decisis*. A vinculação ao modelo romano-germânico, de matriz fortemente positivista é evidente no amplo e numeroso conjunto de leis, combinado a um plano jurídico hierarquizado, no qual as normas jurídicas infraconstitucionais, para ter validade, necessitam encontrar o seu fundamento de validade no texto constitucional. Desta forma, combinando o escalonamento normativo e a rigidez constitucional, torna-se possível a realização do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a proteger a obra constituinte de eventuais maiorias legislativas que intentem transformar o texto constitucional sem a devida obediência aos procedimentos estabelecidos pela própria constituição.

O direito constitucional passou por grandes transformações nos últimos trinta anos. De disciplina secundária nos cursos de graduação em direito, passou a ocupar um papel central na vida política, jurídica e social brasileira. Diversas obras foram escritas, com as mais diversas abordagens, promovendo e afirmando a constitucionalização do direito, com reflexo inclusive na legislação infraconstitucional, sujeita aos seus princípios, regras e valores. Houve uma significativa ampliação do acesso ao Poder Judiciário, com uma conseqüente e danosa judicialização do cotidiano, com a propositura de demandas reprimidas por décadas que chegaram a um Poder Judiciário ainda marcado pela morosidade, burocracia e afeito a formalismos. A educação para a cidadania fez com que parcela considerável da população tivesse conhecimento de direitos básicos e procurasse, por meio de reivindicações sociais ou coletivas, a implementação das promessas constitucionais.

Os percalços da trajetória democrática brasileira colaboraram para que as esperanças alicerçadas na Constituição de 1988 fossem objeto de amplos debates populares. Não foram anos tranquilos. As dificuldades ainda fazem parte das memórias desse passado. A força do texto constitucional se concretiza no cotidiano, no exercício e respeito dos direitos fundamentais. Apesar do breve intervalo de tempo entre a promulgação da Constituição de 1988 e a situação atual, há indícios para acreditar na formação de uma Sociedade politicamente vinculada ao instrumento constitucional e socialmente consciente de seus direitos. Mas a ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal e a forma como seus ministros exercitam essas atribuições, revela uma séria preocupação quanto ao futuro constitucional, em que há pouca afeição ao texto constitucional e uma incompreensível vinculação ao espírito da autoridade e não à autoridade da constituição. O Supremo Tribunal Federal está no centro de diversas crises políticas nos últimos anos. Os mais variados temas políticos e jurídicos, cruciais para o desenvolvimento da Sociedade brasileira foram objeto de apreciação jurisdicional pelo tribunal.

O constitucionalismo se relaciona com a ideia de uma constituição que estabelece a estrutura básica do estado, os direitos fundamentais e limita o exercício do poder. Diante de possíveis dissensos a respeito do significado das normas constitucionais, diversas teorias debatem a respeito da relação entre constitucionalismo e democracia, para identificar quem deveria proferir a última palavra constitucional, se o Poder Judiciário, o Poder Legislativo ou o povo diretamente. A contemporaneidade revelou o fenômeno da judicialização, que se traduz no fato de que questões de larga repercussão estão sendo decididas pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, e não pelas instâncias políticas representativas tradicionais. A judicialização envolve uma transferência de poder para os magistrados e tribunais, com alterações significativas na linguagem, argumentação e modo de participação da Sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas, sendo que algumas delas expressam uma tendência mundial, enquanto outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança considerável no modo de pensar e de praticar o direito no ocidente.

Ao lado da judicialização da política também se verificou uma participação mais efetiva do Poder Judiciário, no sentido de tornar efetiva as cláusulas constitucionais, designada como ativismo judicial. A postura ativista se manifesta por meio da aplicação direta da constituição a

situações não contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador, pela imposição de condutas ou de abstenções ao demais poderes em matéria de determinadas políticas públicas e pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo Poder Legislativo, com base em critérios menos rígidos que os de clara e ostensiva violação da constituição. O ativismo judicial é um modo proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance, de modo a caracterizar uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

A hiperconstitucionalização da vida contemporânea é consequência da desconfiança na democracia e não sua causa. A forma como o Poder Judiciário atua na qualidade de guardião dos compromissos constitucionais, contribui para o amesquinçamento da democracia. O tamanho do desafio constitucional, a falta de delimitação precisa entre o direito e a política, o público e o privado, não impede a proposição de mecanismos que visem ampliar o alcance democrático do direito ou as soluções jurídicas da política. O alcance das questões políticas decididas pelos tribunais demanda um instrumental jurídico e político mais amplo, de forma a assegurar os direitos fundamentais das minorias e a restringir o espaço político das decisões judiciais. Existem muitas possibilidades de interpretação constitucional ao se contar com a colaboração de todos os membros da Sociedade, retirando o privilégio hermenêutico de magistrados e legisladores. O Brasil parece experimentar um movimento inverso, concentrando a interpretação constitucional nos órgãos do Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal. A arquitetura constitucional permitiu o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Poder Judiciário nos processos decisórios, mas a assimetria resultante da relação entre os poderes, com os tribunais ocupando lugar estratégico no controle dos demais poderes, não é saudável para a democracia.

Verificou-se que atualmente existe considerável aceitação de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. Apesar do ceticismo, indiferença, insatisfação e apatia que caracteriza a relação entre a Sociedade e a categoria política, em qualquer estado democrático a política continua sendo gênero de primeira necessidade. As insuficiências da democracia representativa são por demais óbvias para serem ignoradas, tendo como consequência a dificuldade de expressar a vontade popular. A democracia liberal fundamenta-se na tomada de

decisões por maiorias parlamentares, sem prejuízo do reconhecimento de um catálogo de direitos fundamentais. Não se cogitava na democracia participativa, nem sequer se questionava a possibilidade de suas intervenções no desenho institucional liberal. O modelo de democracia liberal está se transformando em uma nova e inédita forma de autoritarismo, promovida por instituições que transformam o público em privado para se perpetuarem no poder.

A legitimação democrática das decisões políticas não repousa apenas na manifestação de vontade das maiorias. Através da interpretação do direito, decisões são introduzidas no espaço público. A multiplicidade de interpretações comporta uma dimensão criativa, presente em toda operação de aplicação do direito. Onde há escolha, há política. A interpretação moralizadora do direito se aproxima de uma política constrangida, que foge das arenas públicas de debates e se refugia nos tribunais, longe dos anseios populares. Ao se aproximar da política e se legitimar democraticamente, o direito pode ser apropriado como ferramenta da luta política, inclusive por grupos que dificilmente teriam acesso ao sistema político representativo, obrigando o espaço político e jurídico a traduzir e limitar seu discurso em linguagem e normas constitucionais.

Foi visto que não há razão para acreditar que indivíduos isolados, ou em pequenos colegiados, sejam capazes de realizar escolhas melhores para a coletividade. Ao contrário disso, o mais provável é que o debate público e acessível aos mais variados grupos sociais seja beneficiado com o pluralismo de ideias, de experiências, de conhecimentos individuais, além de permitir a identificação e o reconhecimento de eventuais preconceitos ou interesses particulares que possam afetar as decisões políticas. Toda manifestação de poder deve ter em conta a necessidade de legitimação discursiva, capaz de justificar processos decisórios que se fundamentem na regra majoritária. O povo não é fonte ativa de legitimidade democrática apenas quando participa das eleições, também é quando utiliza outras vias de participação da formação da vontade estatal, com o objetivo de concretização ou alargamento dos direitos fundamentais, ou de constranger democraticamente o Supremo Tribunal Federal.

A constituição não é tábua de salvação. A tentativa de conciliar constitucionalismo e democracia vai continuar presente nos grandes debates constitucionais do século XXI, quando os modelos vigentes, esgotados pelas transformações sociais, passarão por profundas análises

e testes práticos. É necessário fomentar uma vontade de constituição democrática, um sentimento constitucional idôneo a provocar a adesão racional aos postulados de uma teoria constitucional democraticamente adequada, de modo que toda a Sociedade possa desfrutar da condição de intérpretes da constituição em uma Sociedade democraticamente aberta. Um dos mitos do pensamento político, e também jurídico, do século XXI é a existência de uma inconciliável tensão entre constitucionalismo e democracia. Democracias bem desenvolvidas sempre foram e sempre permanecerão mais uma inspiração do que uma realidade, mas episódios genuinamente democráticos podem acontecer quando se descobre uma vantagem significativa na participação popular, na proteção das minorias e no debate sem censura.

A democracia não corresponde apenas à regra da maioria, mas a uma ideia de conciliar o ideal de liberdade individual com a participação na definição das regras que se aplicarão ao corpo social, implementadas por órgãos dotados de autoridade pública legítima. Foi nessa perspectiva que se buscou verificar as implicações das teorias do constitucionalismo contemporâneo com viés democrático que fortalecem a atuação do povo como sujeito constitucional, em uma concepção de democracia não populista, ciente da falibilidade dos acordos majoritários, em que se defende o direito de participação de todas as pessoas na deliberação pública, especialmente em relação ao controle de constitucionalidade.

Entre os posicionamentos críticos a respeito do controle de constitucionalidade, a ideia de constrangimento à supremacia judicial possui como principais correntes o constitucionalismo fraco o constitucionalismo dialógico, o minimalismo constitucional, o departamentalismo, o constitucionalismo popular e o constitucionalismo democrático. Tratam-se de teorias que desafiam a supremacia legislativa e judicial e adotam uma posição mais ou menos intermediária, que concede aos tribunais constitucionais um privilégio, mas não o papel supremo na interpretação da constituição. O constitucionalismo contemporâneo apresenta uma série de possibilidades, todas objetivando a restrição, ou mesmo o fim, da supremacia judicial, com ênfase na retomada do poder de dizer a palavra final do sentido de constituição ao povo, que é quem reúne as melhores condições de exercer essa tarefa. Não porque o faz melhor, mas porque o faz para si. Não é diferente no Brasil, em que, como se verificou, diversos estudos defendem a maior participação do povo na construção da vontade política do estado. Essas teorias também assumem a posição de que a democracia não se resume a um regime político que converte preferências individuais em coletivas,

antes de qualquer coisa, a democracia assegura a existência de espaços adequados para o debate de valores básicos aceitos e compartilhados pela comunidade.

A tese proposta consistiu, basicamente, em uma possibilidade concreta de constringer o Supremo Tribunal Federal com a possibilidade de o povo ser consultado por referendo e atribuir, em última instância, o sentido da constituição. O referendo seria utilizado quando o Supremo Tribunal Federal, provocado a se manifestar sobre questão de sua competência em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pudesse vir a agir como legislador positivo, invadindo área reservada ao Poder Legislativo pela constituição. Nesses casos, o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, poderia, após instauração de comissão parlamentar mista, aprovada por um terço dos deputados e senadores, interpor incidente processual de “questão política”, o qual sustaria os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação que envolve o controle concentrado de constitucionalidade. Na sequência se desenvolveria uma série de eventos públicos de promoção ao debate relacionado ao tema da ação em curso no Supremo Tribunal Federal. Proferida a decisão, no prazo de trinta dias, o Congresso Nacional, em sessão unicameral, decidiria se concorda ou não com a decisão tomada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No caso de discordância, a questão seria então levada a referendo, que ocorreria junto com as eleições seguintes, desde que o prazo não fosse inferior a um ano, de modo a permitir o mais amplo debate e participação de todos os setores da Sociedade brasileira e de cada cidadão, promovendo uma educação para a cidadania e renovando o sentimento de constituição.

Mesmo sob a hipótese de que esse procedimento não fosse utilizado uma vez sequer, ainda assim ocorreria o constrangimento democrático do Supremo Tribunal Federal, eis que seus ministros não seriam mais os guardiões supremos da constituição, e que suas decisões, quando atuasse como legislador positivo, estariam sujeitas não só ao crivo do Poder Legislativo, mas, principalmente, ao do povo. Seu papel não seria desvalorizado. Os argumentos jurídicos e técnicos, apresentados em seus votos, seriam utilizados como parâmetros para o amplo debate público que seria desencadeado pela interposição da questão pública. Os ministros precisariam elaborar votos com a finalidade não apenas de convencer seus pares, mas também de convencer deputados e senadores e o próprio povo, que seria o árbitro democrático nos impasses entre o

Poder Judiciário e o Poder Legislativo, aliviando, assim, a tensão entre o constitucionalismo e a democracia. A proposta apresentada devolveria a constituição ao povo, que é a autoridade máxima em um estado democrático.

A realidade é complexa e não é feita e nem transformada de imediato, mas depende de uma aposta que convida todos para a ação, mas reconhecendo os riscos. A democracia é a melhor aposta que se pode fazer em um estado democrático de direito. Afirmar-se democrático e recusar o direito de o povo ser o guardião último da constituição é negar a própria supremacia da constituição.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 496p. Título original: *We the people: foudations*.

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006. 427p.

AGAMBEM, Giorgio. *et al.* **Démocratie, dans quel état?** Paris: La Frabrique, 2009. 151p.

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALMEIDA, Frederico de. Os juristas e a política no Brasil: permanências e reposicionamentos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 97, abr. 2016, p. 213-250 Disponível em: <<https://goo.gl/WG6cE3>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; FILHO, Luciano de Oliveira Chaves. Explicando o dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2016, p. 899-931. Disponível em: <<https://goo.gl/QL9aAR>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e desconfiança. **Argumenta**, Jacarezinho, v. 16, 2012, p. 267-281. Disponível em: <<https://goo.gl/4kTFAY>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

ALVES, Fernando de Brito. Jurisdição constitucional e participação popular: sobre a possibilidade de novas relações entre o judiciário e o legislativo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 2, maio/ago. 2014, p. 497-524. Disponível em: <<https://goo.gl/sr1awb>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008, p. 458-

474. Disponível em: <<https://goo.gl/cVCSME>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**: noções práticas. São Paulo: Atlas, 1995. 118p.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008. 160p.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**: primeira parte - questões 84-89. Tradução de Carlos Artur Ribeiro do Nascimento. Uberlândia: EdUFU, 2016. 282p. Título original: *Summa theologiae*.

ARAUJO, Cícero. Legitimidade democrática, igualdade e desigualdade. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 9, dez. 2012, p. 71-91. Disponível em: <<https://goo.gl/rD6JdS>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ARAUJO, Cícero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o poder constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, 2013, p. 327-380. Disponível em: <<https://goo.gl/1cUvQk>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

ARAUJO, Cícero. República e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 51, 2000, p. 5-30. Disponível em: <<https://goo.gl/aGwWce>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ARCHANJO, Daniela Resende. Representação política: um diálogo entre a prática e a teoria. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 19, n. 38, fev. 2011, p. 65-83. Disponível em: <<https://goo.gl/w2z5YH>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 352p. Título original: *The human condition*.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1, abr. 2018, p. 13-32. Disponível em: <<https://goo.gl/EDrSfQ>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, v. I, 1991. 644p. Título original: *Histoire de la vie privée*.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995. 284p. Título original: *Πολιτική*.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: EdUnB, 1999. 238p. Título original: *Ἠθικὰ Νικομάχεια*.

ARRIGHI, Giovanni. Adam Smith em Pequim: origens e fundamentos do século XXI. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, Aracauria, v. 13, n. 25, 2011, p. 197-206. Disponível em: <<https://goo.gl/m9TEi2>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de direito alternativo II**. São Paulo: Acadêmica, 1992. 234p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2002. 7p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2002. 24p.

ASTI VERA, Armando. **Metodologia da pesquisa científica**. Tradução de Maria Helena Guedes Crespo e Beatriz Marques Magalhães. Porto Alegre: Globo, 1973. 223p. Título original: *Metodología de la investigación*.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 164p.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório de Jurisdição Constitucional**, Brasília, 7, n. 2, jul./dez. 2014, p. 1-24. Disponível em: <<https://goo.gl/HWTcLh>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

AUAD, Denise. Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 3, n. 4, 2004, p. 291-323. Disponível em: <<https://goo.gl/De11Z4>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

AUSTEN-SMITH, David; BANKS, Jeffrey S. Information aggregation, rationality, and the Condorcet jury theorem. **American Political Science Review**, Cambridge, v. 90, n. 1, mar. 1996, p. 34-45 Disponível em: <<https://goo.gl/d84Qu5>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 35. ed. São Paulo: Globo, 1996. 397p.

AZEVEDO, Alba Paula de; JUNIOR, José Albanes Bezerra. Jurisdição constitucional: uma análise acerca dos limites entre o jurídico e o político nas decisões do Supremo Tribunal Federal. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, nov. 2009, p. 1911-1923. Disponível em: <<https://goo.gl/naNz2M>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BAKER, Sir Ernest. **Teoria política grega**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: EdUnB, v. 2, 1978. 376p. Título original: *Greek Political Theory*.

BALEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 216p.

BARACHO, Hertha Urquiza. Teoria da constituição. **Prim@ Facie**, João Pessoa, 2, n. 3, jul./dez. 2003, p. 16-30. Disponível em: <<https://goo.gl/3kc363>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 23, n. 91, jul./set 1986, p. 5-62. Disponível em: <<https://goo.gl/bDyLj2>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

BARBOSA, Claudia Maria; POLEWKA, Gabriele. Juristocracia no Brasil a perspectiva da Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Belo Horizonte, 1, n. 2, jul./dez. 2015, p. 309-334. Disponível em: <<https://goo.gl/zFxBEP>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. O STF como guardião da história jurisprudencial da Constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARBOSA, Samuel. Constituição, democracia e indeterminação social do direito. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, n. 96, jul. 2013, p. 33-46. Disponível em: <<https://goo.gl/a3im6n>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas.

Revista Direito GV, São Paulo, 8, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/JQOeXM>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 15, jan./mar 2007, p. 1-31. Disponível em: <<https://goo.gl/QmpWwD>>. Acesso em: 22 maio 2018.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Direito natural e propriedade em Jean Bodin. **Transformação**, Marília, v. 29, n. 1, 2006, p. 31-43. Disponível em: <<https://goo.gl/nJRh9n>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BARROS, Douglas Ferrera. Soberania e o tempo da paz: Bodin, Hobbes e a resposta à revoluções. **Quadranti**, Salerno, v. 1, n. 2, 2015, p. 201-214. Disponível em: <<https://goo.gl/U93suZ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: proposta de simplificação. **Revista da Procuradoria Geral do estado de São Paulo**, São Paulo, v. 54, dez. 2000, p. 21-44. Disponível em: <<https://goo.gl/USRmXa>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre controle de constitucionalidade. **Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<https://goo.gl/iNM3or>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. O senado e o controle de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2003, p. 163-180 Disponível em: <<https://goo.gl/uXwDHq>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 685.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 24-51. Disponível em: <<https://goo.gl/rwSJRo>>. Acesso em: 29 maio 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília, n. 11, jan./mar. 2011, p. 62-106. Disponível em: <<http://goo.gl/Uliwdl>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 592p.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 15-21. Disponível em: <<http://goo.gl/DjISgR>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 2, 2006, p. 13-100. Disponível em: <<http://goo.gl/pT8Zkb>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Fórum, 2012. 522p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 515p.

BENITEZ, Gisela Maria Bester. O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional: análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Distrito Federal, México, 2003. p. 255-279. Disponível em: <<https://goo.gl/RIABx4>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel das cortes supremas: uma comparação entre Brasil e México. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1, abr. 2018, p. 57-79. Disponível em: <<https://goo.gl/pTxYvQ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 35-51. Disponível em: <<https://goo.gl/Qkq8no>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004, p. 5-24. Disponível em: <<https://goo.gl/9ZEGHy>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BERNSTEIN, David E. Lochner era revisionism, revised: Lochner and the origins os fundamental rights constitutionalism. **Georgetown Law Journal**, New Jersey, v. 82, n. 1, jun. 2008, p. 1-58. Disponível em: <<https://goo.gl/PizEhk>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. 670p.

BIANCHI, Alvaro. O conceito de estado em Max Weber. **Lua Nova**, São Paulo, v. 92, maio/ago. 2014, p. 79-104. Disponível em: <<https://goo.gl/TBeUQP>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986. 306p.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 298p.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 319p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212p. Título original: *L'età dei diritti*.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015. 83p. Título original: *Democrazia e segreto*.

BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas: as origens da democracia italiana**. Tradução de Mabel Malheiros Bellati. Brasília: EUnB, 2001. 154p. Título original: *Tra due republiche: alle origine della democrazia italiana*.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2000. 96p. Título original: *Eguaglianza e libertà*.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. 100p. Título original: *Liberalismo e democrazia*.

BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1994. 77p. Título original: *Gramsci e la concezione dela società civile*.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171p. Título original: *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco*.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. 239p. Título original: *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. 202p. Título original: *Thomas Hobbes*.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. Brasília: EdUnB, v. 1, 1999. 666p. Título original: *Dizionario de politica*.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. 328p. Título original: *Les six livres de la republique*.

BOECHAT, Leda. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. 500p.

BOLONHA, Carlos; FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. A supremacia judicial em sua essência: para além do casuísmo teórico. **Sequência**, Florianópolis, v. 66, jul. 2013, p. 261-282. Disponível em: <<https://goo.gl/rCu35s>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BOLONHA, Carlos; ZETTEL, Bernardo; RANGEL, Henrique. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Juris**, Londrina, v. 18, n. 2, dez. 2014, p. 171-187. Disponível em: <<https://goo.gl/uRycDN>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 498p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 793p.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 230p.

BONFIM, Vinícius Silva; PEDRON, Flávio Quinaud. A razão pública conforme John Rawls e a construção legítima do provimento jurisdicional no STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 214, abr./jul. 2017, p. 203-223. Disponível em: <<https://goo.gl/sVz2P7>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BOOTH, Wayne G.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 351p. Título original: *The craft of research*.

BOTELHO, Alexandre. **Curso de ciência política**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005. 366p.

BOTELHO, Alexandre. O lugar da fala de Hans Kelsen em teoria pura do direito. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique (org.). **Direito, teorias e sistemas**. Florianópolis: Insular, 2015

BOTELHO, Alexandre. Supremo Tribunal Federal como órgão moral máximo do ordenamento jurídico brasileiro. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; DAL RI JR., Arno; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Direito, Estado e Constituição: homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo**. Florianópolis: Insular, 2018. p. 51-62.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional candense e a Constituição brasileira de 1937. **Revista de Direito Público**, v. 7, n. 31, jan. 2011, p. 58-66. Disponível em: <<https://goo.gl/GNMFYL>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

BRASIL. **Annaes da Assembleia Nacional Constituinte**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935. 573p.

BRASIL. **Atos Institucionais**. (Legislação). Disponível em: <<https://goo.gl/rL9rZ1>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. (Constituição 1891). Disponível em: <<https://goo.gl/vqqa95>>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. (Constituição 1934). Disponível em: <<https://goo.gl/B8DKhJ>>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. (Constituição 1967). Disponível em: <<https://goo.gl/ngCQC8>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Constituição 1988). Disponível em: <<https://goo.gl/yuBwAV>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. (Constituição 1937). Disponível em: <<https://goo.gl/ykAmFv>>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/bDVkoc>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965. Disponível em: <<https://goo.gl/o6mze8>>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. (Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição). Disponível em: <<https://goo.gl/8B3HQ9>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://goo.gl/RXJgCb>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Resolução n. 1 do Congresso Nacional. Disponível em: <<https://goo.gl/wRZjGw>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 668995/MG. Rel. Teori Albino Zavascki, 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/jGUG6b>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 203. Rel. Celso de Mello, 1990. Disponível em: <<https://goo.gl/dRcPfJ>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335. Rel. Gilmar Mendes, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/23uSSg>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal n. ADI 3.510. Rel. Ayres Britto, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/K6WPGX>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito constitucional ao alcance de todos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 738p.

BUZANELLO, José Carlos. Constituição política em Hermann Heller. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, jan./mar. 1996, p. 259-265. Disponível em: <<https://goo.gl/1ZddGw>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a constituição como estuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 136, out./dez. 1997, p. 29-35. Disponível em: <<https://goo.gl/MfwvMk>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

CABRAL, Gustavo César Machado. Thomasius e o direito natural. **Sequência**, Florianópolis, v. 72, abr. 2016, p. 145-168. Disponível em: <<https://goo.gl/DzmGdq>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007. 264p.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 406p.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, mar. 2014, p. 47-62. Disponível em: <<https://goo.gl/E9iepe>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. 539p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1522p.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. **California Law review**, Berkeley, v. 58, n. 5, out. 1970, p. 1017-1044. Disponível em: <<https://goo.gl/v11oKJ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabre Editor, 1993. 134p. Título original: *Giudici legislatori?*

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. 144p. Título original: *Il controllo giuditario de costituzionalità delle legi nei diritto comparato*.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida**: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e

econômicas. Tradução de Mayra Teruya Eichenberg e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014. 615p. Título original: *The systems view of life*.

CARAM, Marselha Bortolan. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, jul./dez. 2007, p. 313-355. Disponível em: <<https://goo.gl/i1w4vM>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. 279p.

CARBONELL, Miguel. La constitución viviente. **Isonomia**, Distrito Federal, v. 35, out. 2011, p. 187-193. Disponível em: <<https://goo.gl/zT8Soe>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, dez. 2010, p. 469-492. Disponível em: <<https://goo.gl/kb2Xr9>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, 2014, p. 218-227. Disponível em: <<https://goo.gl/C2tTLQ>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 23, n. 23, nov. 2004, p. 115-126. Disponível em: <<http://goo.gl/5SEYSq>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, jun. 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/1m4CAC>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1974. 158p.

CHAER, Márcio. Supremo constituinte: entrevista José Celso de Mello Filho. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://goo.gl/yFvLgT>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. 531p.

CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. 399p. Título original: *Histoire des idées politiques*.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000. 567p.

CHEMERINSKI, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. **University of Illinois Law review**, Champaign, v. 2004, n. 3, 2004, p. 673-690. Disponível em: <<https://goo.gl/2pGJty>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967. 91p. Título original: *De legibus*.

CÍCERO, Marco Túlio. **Os deveres**. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2008. 159p. Título original: *De officiis*.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 389p.

CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: EdUFMG, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. 297p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 40, abr./jun. 2010, p. 99-116. Disponível em: <<https://goo.gl/hpsxtz>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, 2015. p. 3-22. Disponível em: <<https://goo.gl/VVQLjY>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed. 34, 2004. 368p.

COLÓN-RÍOS, Joel I. The end of the constitutionalism-democracy debate. **Comparative Research in Law and Political Economy**,

Wellington, v. 5, n. 1, 2009, p. 1-37. Disponível em: <<https://goo.gl/x4Bhi5>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, 28-29, 1993, p. 85-106. Disponível em: <<http://goo.gl/TBt8HR>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. O poder judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004, p. 151-159. Disponível em: <<https://goo.gl/4UFkoc>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. Tradução de José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 336p. Título original: *Cours de philosophie positive*.

CONSANI, Cristina Foroni. A constitution of many minds (resenha). **Filosofia UNISINOS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, set./dez. 2010, p. 343-347. Disponível em: <<https://goo.gl/KA1nLg>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 59, n. 2, 2014, p. 143-173. Disponível em: <<https://goo.gl/xbSCdL>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

CONSANI, Cristina Foroni. O conceito de vontade na filosofia política de Rousseau e Condorcet. **Transformação**, Marília, v. 41, n. 1, mar. 2018, p. 99-140. Disponível em: <<https://goo.gl/64YM7z>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2003**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2003. 221p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2004**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2004. 289p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2005**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2005. 291p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2006**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2006. 291p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2007:** variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2007. 301p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2008:** variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009. 296p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009:** indicadores do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. 184p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2010:** ano-base 2009. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. 189p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2012:** ano-base 2011. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012. 452p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015:** ano-base 2014. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. 498p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016:** ano-base 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. 402p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017:** ano-base 2016. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. 189p.

CONSTANT, Benjamin. **Curso de política constitucional.** Tradução de Marcial Antonio Lopez. Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820. 304p. Título original: *Cours de politique constitutionnelle*.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 209, jan./mar 2016, p. 115-132. Disponível em: <<https://goo.gl/NoaZyn>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

CONTRERAS, Sebastián. Derecho positivo y derecho natural: una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. **Kriterion**, Belo Horizonte, 54, n. 127, 2013, p. 43-61. Disponível em: <<https://goo.gl/hGc3Y1>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

COOK, John Manuel. **Os gregos na Jônia e no oriente.** Lisboa: Editorial Verbo, 1971. 269p. Título original: *The greeks in Ionia and the east*.

CORASSIN, Maria Luiza. O cidadão romano na república. **Projeto História**, São Paulo, v. 33, dez. 2006, p. 271-287. Disponível em: <<https://goo.gl/KywKQX>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Informe Latinobarómetro 2004-2015**. Santo Domingo: Corporación Latinobarómetro, 2015. 69p.

CORWIN, Edward Samuel. The higher law background of American constitutional law. **Harvard Law Review**, Boston, v. XLII, n. 2, dez. 1928, p. 149-185. Disponível em: <<https://goo.gl/zjBUVv>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

COSTA E SILVA, Paulo Maycon. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, 16, n. 1, jan./abr. 2014, p. 171-189. Disponível em: <<https://goo.gl/cKUULf>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, jan./jun 2011, p. 41-84. Disponível em: <<http://goo.gl/h3XvsS>>. Acesso em: 10 out. 2015.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, jan./abr. 2016, p. 155-187. Disponível em: <<https://goo.gl/kBZ6Aq>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996. 310p. Título original: *La cité antique*.

COX, Paul N. John Hart Ely, democracy and distrust: a theory of judicial review. **Valparaiso University Law Review**, Valparaiso, v. 15, n. 3, 1981, p. 637-665 Disponível em: <<https://goo.gl/hTQ5qu>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 288p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**: introdução ao direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Nuno Miguel. A relação entre direito e justiça. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, 5, n. 3, 2017. p. 1.145-1.175. Disponível em: <<https://goo.gl/z9FXJz>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania, estado, globalização e crise. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 7, n. 15, out. 2008, p. 7-24. Disponível em: <<https://goo.gl/jrMLBq>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 9. ed. Salvador: Juspodvim, 2017. 416p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O controle de constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008. **Revista Bonijuris**, Curitiba, 23, 2011. p. 23-27. Disponível em: <<https://goo.gl/sUwzPg>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

CUNHA, Fernando Whitaker da. **Direito constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. 384p.

D'ÁVILA, Michelangelo Carvalho Nabuco. Efeito vinculante no direito constitucional brasileiro. **Revista da EJUSE**, Aracaju, v. 21, 2014, p. 45-70. Disponível em: <<https://goo.gl/tKBk8N>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DA ROS, Luciano; MATHEW, Taylor. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente e estratégia poética. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008, p. 825-864. Disponível em: <<https://goo.gl/E6UohZ>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ditadura constitucional. **DHNet**. Disponível em: <<https://goo.gl/5PLLpb>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1987. 310p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 166p.

DANIELS, Norman. **Justice and justification: reflective equilibrium in theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. 365p.

DANTAS, Miguel Calmon. Ode ou réquiem pela constituição dirigente? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v. 5, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/XH5QP1>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

DEBRUN, Michel. **O fato político**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. 142p.

DEL RÍO, Andrés; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal, o poder judiciário e a política: apresentação. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 49, n. 2, jun./out. 2018, p. 17-23. Disponível em: <<https://goo.gl/GDYWKV>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

DIAS JUNIOR, Eteocles Brito Mendonça. **Soberania parlamentar, judicial review e diálogos institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. 112f. (Tese).

DÍAZ, Elías. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, n. 1, jan./jun. 206, p. 9-25. Disponível em: <<https://goo.gl/ZsJ7nT>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedade democrática**. Madrid: Editorial Taurus, 2010. 205p.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A tendência passivista do Supremo. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **O supremo em 2015**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

DOMINGUES, Ivan. **O grau zero do conhecimento**: o problema da fundamentação das ciências humanas. São Paulo: Loyola, 1999. 384p.

DONNELLY, Tom. Making popular constitutionalism work. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 159, 2012, p. 159-194. Disponível em: <<https://goo.gl/FsQKbj>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por-venir". In: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero. **El derecho publico de finales de siglo**: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación BBV, 1997.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Ed. UFSC, 2005. 290p.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, Oxford, v. 3, n. 1, abr. 1995, p. 2-11. Disponível em: <<https://goo.gl/2dkbfv>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law review**, Boston, v. 88, n. 6, abr. 1975, p. 1057-1109. Disponível em: <<https://goo.gl/FukWbs>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. **Texas Law Review**, Austin, v. 60, 1982, p. 527-550. Disponível em: <<https://goo.gl/q25Wp3>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 592p. Título original: *Taking rights seriously*.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 572p. Título original: *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513p. Título original: *Law's empire*.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 610p. Título original: *A matter of principle*.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. 170p. Título original: *Como se fa una tesi di laurea*.

EDLIN, Douglas E. Judicial review sem uma constituição escrita. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, 10, n. 1, 2015. p. 14-56. Disponível em: <<https://goo.gl/fYyCzB>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

ELÓI, André Luís Vieira; TEIXEIRA, Paulo Enderson de Oliveira. Judicialização da política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 10, nov. 2014, p. 54-77 Disponível em: <<https://goo.gl/PTTbaV>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ELSTER, Jon. Forças e mecanismos no processo de elaboração da constituição. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ELSTER, Jon. **Ulises y las sirenas**: estudios sobre racionalidad e irracionalidad. Tradução de Juan José Utrilla. Distrito Federal, México: Fondo de Cultura Económica, 1989. 327p. Título original: *Ulysses and the sirens*.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2009. 388p. Título original: *Ulysses unbound: studies in rationality precommitment and constraints*.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980. 280p.

ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, ago. 2014, p. 177-206. Disponível em: <<https://goo.gl/DqPv6k>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: La Fonte, 2012. 168p. Título original: *Der ursprung der familie, des privateigenthums und des staats*.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. 325p.

ESCUADERO, Mauricio Chapsal; VALLEJOS, Roberto Castillo. La democracia contemporánea y sus fundamentos medievales: Marsilio de Padua y la justificación racioal de los principios normativos del estado. **Transformação**, Marília, v. 41, n. 2, jun. 2018, p. 55-72. Disponível em: <<https://goo.gl/Qii6ke>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Constituição está com sério déficit de compreensão e concretização. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 09 jan. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/MiyLmT>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

EUA. **U.S. Supreme Court**. Marbury vs. Madison, n. 5 U.S. 137 (1803). Rel. John Marshall, 1803. Disponível em: <<https://goo.gl/E6eFnK>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. A função política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 134, jan. 1978, p. 1-10. Disponível em: <<https://goo.gl/H5yXxZ>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 175-196. Disponível em: <<https://goo.gl/3LHxKy>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofia del derecho**. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirâmide, v. II, 1979. 254p. Título original: *Storia della filosofia del diritto: antichità e medioevo*.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofia del derecho**. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirâmide, v. I, 1979. 318p. Título original: *Storia della filosofia del diritto: l'età moderna*.

FAVERSANI, Fábio. Entre a república e o império: apontamentos sobre a amplitude deste fronteira. **Mare Nostrum**, São Paulo, v. 4, n. 4, out. 2013, p. 100-111. Disponível em: <<https://goo.gl/eMNXi9>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. 131p. Título original: *Cours constitutionnelles*.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1078p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, abr./jun. 1987, p. 11-17. Disponível em: <<https://goo.gl/Css3g9>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 369p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 163p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 220, abr./jun. 2000, p. 1-17 Disponível em: <<https://goo.gl/XCdT36>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1216p.

FILHO, Orlando Villas Boas. Democracia: estado idílico da política? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 25, n. 74, out. 2010, p. 183-186. Disponível em: <<https://goo.gl/5Jo8Hv>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

FILHO, Vladimir Brega; ALVES, Fernando de Brito. Termedorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, v. 11, n. 1, jan./jun. 2015, p. 124-134. Disponível em: <<https://goo.gl/b8BJok>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

FIORAVANTI, Marco. Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives historique-juridiques. **Annales historiques de la Révolution Française**, n. 3, jul./set. 2007. p. 87-103. Disponível em: <<https://goo.gl/btWvco>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antegüedad a nuestros días. 2. ed. Madr: Trotta, 2001. 170p. Título original: *Constituzione*.

FISCHER, Octavio Campos. CLÈVE, Clemerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro (resenha). **Sequência**, Florianópolis, v. 15, n. 29, jan. 1994, p. 91-94. Disponível em: <<https://goo.gl/SosGDS>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Introducción al derecho procesal constitucional**. Distrito Federal: Fundap, 2002. 125p.

FRANÇA. **Constituição (1958)**. Disponível em: <<https://goo.gl/o3L7ZZ>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. 303p.

FREITAS, Gerson de. Hobbes: poder temporal e espiritual do estado. **Kínesis**, Marília, v. 2, n. 4, dez. 2010, p. 272-284. Disponível em: <<https://goo.gl/jWc9TM>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 101, 2004, p. 2.595-2.632. Disponível em: <<https://goo.gl/NCecCT>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

GADOTI, Giselle Araujo. **Do constitucionalismo ao transconstitucionalismo**: considerações sobre o(s) sentido(s) do

constitucionalismo com especial referência aos direitos fundamentais. Brivibas: Novas Edições Acadêmicas, 2015. 144p.

GALUPPO, Marcelo Campos. A constituição pode fundar uma república? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 10, jul./dez. 2007, p. 39-49. Disponível em: <<https://goo.gl/fhuLfo>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardador de promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270p. Título original: *Le gardien des promesses: justice et démocratie*.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Constitución e derecho constitucional (evolución y crisis de ambos conceptos). **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, v. 37-38, 1948, p. 53-124. Disponível em: <<https://goo.gl/zq67aC>>.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. La division de poderes y su control jurisdiccional. **Revista de Derecho Político**, 18-19, jan. 1983. p. 7-16. Disponível em: <<https://goo.gl/ERMf2U>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. BIGONHA, Antonio Carlos e MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 49, n. 4, out. 2001, p. 707-760. Disponível em: <<https://goo.gl/kSmLrv>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. **Revista de Libros de la Fundación Caja**, Madrid, v. 112, abr. 2006, p. 1-7. Disponível em: <<https://goo.gl/DeHsY7>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente ao gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período, 2011. 294p.

GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura constitucional e pluralismo democrático: a tensão na divisão dos poderes sob a ótica das instituições participativas. **Seqüência**, Florianópolis, v.

78, abr. 2018, p. 149-174. Disponível em: <<https://goo.gl/L8wmKZ>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. 544p.

GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. 527p.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. 431p.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. 526p.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011? **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 1, abr. 2016, p. 125-154. Disponível em: <<https://goo.gl/FPCb1B>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GLEZER, Rubens. O supremo submisso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 jun. 2018 Disponível em: <<https://goo.gl/FNEjid>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

GLOTZ, Gustave. **A cidade grega**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988. 355p. Título original: *La cité grecque*.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015. 266p. (tese).

GODWIN, William. **An enquiry concerning political justice**. Londres: G.G.J. and J. Robinson, 1793. 378p.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O tribunal constitucional: seus elementos diante da separação dos poderes. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010, p. 210-236. Disponível em: <<https://goo.gl/yhCDNS>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

GRANT, James A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciência política. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Distrito Federal, n. 47,

jul./set. 1962. p. 417-437. Disponível em: <<https://goo.gl/PnGJiw>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

GRANT, James A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciência política. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Distrito Federal, n. 48, out./dez. 1962. p. 651-669. Disponível em: <<https://goo.gl/RWgfnb>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

GRANT, James A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la ciência política. *In*: **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Distrito Federal, n. 49, jan./mar. 1963. p. 57-82. Disponível em: <<https://goo.gl/5kz8CX>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 411p.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 291p. Título original: *Die verfassung und die politik: einsprüche in störfällen*.

GROTE, George. **A history of Greece: from earliest period to the close of the generation**. 4. ed. Londres: John Murray Ed., 1872.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas para uma teoria hermenêutico-jurídica. **Revista de Ciências Jurídicas**, Londrina, mar. 2006. p. 23-29. Disponível em: <<https://goo.gl/bY615d>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://goo.gl/p8XCvQ>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

GUTMANN, Amy. A desarmonia da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v. 36, 1995, p. 5-37. Disponível em: <<https://goo.gl/HcHc38>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 55p. Título original: *Die offene gessellschaft der verfassungsinterpreten ein beitrage zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation*.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000. 161p. Título original: *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 398p. 398p. Título original: *strukturwandel der öffentlichkeit*.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v. 36, 1995, p. 39-53 Disponível em: <<https://goo.gl/WyCguc>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: EdUnB, 1984. 512p. Título original: *The federalist*.

HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 10, n. 4, out. 2012, p. 950-975 Disponível em: <<https://goo.gl/sFkRdC>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío al positivismo jurídico. **Sistema**, Madrid, n. 36, maio 1980, p. 3-18 Disponível em: <<http://goo.gl/xucD1F>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 399p. Título original: *The concept of law*.

HAYEK, Friedrich August von. **The constitution of liberty**: the definitive edition. Chicago: Chicago University Press, 2011. 583p.

HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. Tradução de Luis Tobío. 2. ed. Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica, 2014. 398p. Título original: *Staatslehre*.

HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 34p. Título original: *Die normative kraft der verfassung*.

HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *In: Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, 11, n. 1, 2004. p. 71-18. Disponível em: <<https://goo.gl/1fHjzj>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004. 294p.

HITCHENS, Christopher. **Os direitos do homem de Thomas Paine.** Tradução de Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. 164p. Título original: *Thomas Paine's: rights of man (a biography)*.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão.** Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 400p. Título original: *Philosophical rudiments concerning government and society*.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing afterall. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, spring, 1997, p. 75-124. Disponível em: <<https://goo.gl/VLffQr>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (coords.). **Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI.** Rio de Janeiro: Elsevier, v. 2, 2014.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia.** Distrito Federal, México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HOLT, James Clarke. **Magna Carta.** 3. ed. Cambridge: Cambridge University press, 2015. 531p.

HOLTHE, Leo Van. **Direito constitucional.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. 895p.

JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno.** Tradução de Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. 112p. Título original: *The declaration of the rights of man and of citizens: a contribution to modern constitutional history*.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 392p. Título original: *Vom wesen uns wert der demokratie*.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês) Alexandre Krug (alemão). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 319p. Título original: *Wesen und entwicklung der staatsgerichtsbarkeit*.

KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la Constitución?** Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. 128p. Título original: *Wer soll der hüter der verfassung sein?*

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637p. Título original: *General theory of law and state*.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 371p. Título original: *Reine rechtslehre*.

KÖCHE, José Carlos. **Metodologia científica**: teoria da ciência e iniciação à pesquisa. Petrópolis: Vozes, 2011. 182p.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?:jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 96, jul. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/pz1dys>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

KOERNER, Andrei. Sobre a história constitucional. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, ago. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/d1uvCz>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**, Florianópolis, v. 71, 2015, p. 107-132. Disponível em: <<https://goo.gl/rJT49K>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. **O efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal**: consequências jurídicas e sociais. Curitiba: Pontífica Universidade Católica do Paraná, 2008. 182f. (Dissertação).

KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. Pela reestruturação do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 6, n. 11, jul./dez.

2014, p. 416-441. Disponível em: <<https://goo.gl/Vb5foy>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

KRAMER, Larry D. The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy. **Valparaíso University Law review**, Valparaíso, v. 41, n. 2, 2006, p. 697-754. Disponível em: <<https://goo.gl/HYcnVf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Nova York: Oxford University Press, 2004. 365p.

KRITSCH, Raquel; SILVA, André Luiz da. Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 19, n. 39, fev. 2011, p. 67-90. Disponível em: <<https://goo.gl/HM5QM1>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelso Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. 323p. Título original: *The structure of scientific revolutions*.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996. 270p.

LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Madrid: Alianza, 1989. 320p. Título original: *The methodology of scientific research programmes: philosophical papers*.

LARANJA, Anselmo Langhi; FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo e razão tupiniquim: uma leitura interdisciplinar dos problemas para uma teoria constitucional brasileira. **Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, mar. 2017, p. 53-85. Disponível em: <<https://goo.gl/rzo6qz>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p. Título original: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. 40p. Título original: *Über verfassungswesen*.

LAUDAN, Larry. **O progresso e seus problemas**: rumo a uma teoria do crescimento científico. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São

Paulo: EdUnesp, 2011. 336p. Título original: *Progress and its problems: towards a theory of scientific growth*.

LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Representação política e organizações civis: novas instâncias de mediação e os desafios da legitimidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 21, n. 60, fev. 2006, p. 43-66.

Disponível em: <<https://goo.gl/1gkmQ6>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Tradução de Lana Mara Siman. Porto Alegre: Artmed, 1999. 340p. Título original: *La construction des savoirs: manuel de methodologie en sciences*.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 244p.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Fundamentação, jurisdição e direitos fundamentais: um estudo de caso. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, v. 14, n. 2, jul./dez. 2013, p. 511-532.

Disponível em: <<https://goo.gl/qncPkJ>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. 208p.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez**: o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 213p.

LEGALE, Sidharta. Superprecedentes. **Revista de Direito Gv**, São Paulo, v. 12, n. 3, dez. 2016, p. 810-845. Disponível em: <<https://goo.gl/wqqLXK>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

LEGIFRANCE. Legifrance: le service public de la diffusion du droit. **Legifrance**. Disponível em: <<https://goo.gl/fNLUJW>>. Acesso em: 29 set. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 381p.

LEONEL JUNIOR, Gladstone; SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. A luta pela constituinte e a reforma política no Brasil: caminhos para um constitucionalismo achado na rua. **Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, jun. 2017, p. 1008-1027. Disponível em:

<<https://goo.gl/pVphJ2>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

- LESTON-BANDEIRA, Cristina. O impacto das maiorias absolutas na actividade e na imagem do parlamento português. **Análise Social**, Lisboa, v. 31, n. 135, 1996, p. 151-181. Disponível em: <<https://goo.gl/BHwdgk>>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- LESTON-BANDEIRA, Cristina; CABRAL, Rui. O parlamento e a opinião pública em Portugal: argumentos para reforma. **Análise Social**, Lisboa, v. 38, n. 167, 2003, p. 467-482. Disponível em: <<https://goo.gl/f5dtz3>>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- LIBERA, Alain de. **Pensar na Idade Média**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1999. 360p. Título original: *Penser au moyen age*.
- LIMA FILHO, Acacio Vaz de. O controle de constitucionalidade: bosquejo de sua história. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, n. jan., 2000, p. 293-323. Disponível em: <<https://goo.gl/7KNJdE>>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. **A tensão entre o povo e as cortes**: a escolha do constitucionalismo popular. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. 140f. (dissertação).
- LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 17, nov. 2001, p. 45-52. Disponível em: <<https://goo.gl/mdJd7C>>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/4RL7fs>>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- LOBRANO, Giovanni. A teoria da respublica (fundada sobre a sociedade e não sobre a pessoa jurídica) no Corpus Juris Civilis de Justiniano. **Sequência**, Florianópolis, v. 30, n. 59, jan. 2009, p. 13-41. Disponível em: <<https://goo.gl/WqSSBK>>. Acesso em: 19 jul. 2018.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 639p. Título original: *Two treatises of government*.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1986. 628p. Título original: *Verfassungslehre*.
- LOPES, Ana Maria D'ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Sequência**, Florianópolis,

v. 30, n. 59, jan. 2009, p. 43-60. Disponível em: <<https://goo.gl/TFW9Pc>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 212, out./dez. 2016, p. 203-226. Disponível em: <<https://goo.gl/2ZwWNb>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

LORENZO, Wambert Gomes Di. As interpolações no Corpus Juris Civilis. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 37, n. 1, jan./jun. 2011, p. 17-24. Disponível em: <<https://goo.gl/TSVjqJ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

LOUREIRO, Maria Rita. As origens e consequências da judicialização da política. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, 29, n. 84, 2014. p. 189-199. Disponível em: <<https://goo.gl/dfS7Nq>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

MAAR, Wolfgang. **O que é política**. São Paulo: Brasiliense, 1992. 109p.

MACHADO, Igor Suzano. Comunidade de princípios e princípio responsabilidade: o juiz Hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, dez. 2016, p. 243-265. Disponível em: <<https://goo.gl/qBSUZS>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MACHADO, Priscila Martins. El control constitucional de las leyes en Atenas. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, v. 39, 2017, p. 37-57. Disponível em: <<https://goo.gl/8gWuV6>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no estado democrático de direito. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 39, n. 126, jun. 2012, p. 113-132. Disponível em: <<https://goo.gl/ky9SLZ>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MAIA, Rousiley C. M. Atores da sociedade civil e ação coletiva: relações com a comunicação de massa. **Lua Nova**, São Paulo, v. 76, 2009, p. 87-118. Disponível em: <<https://goo.gl/ygM9o6>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 287p. Título original: *Il principe*.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 391p.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 232p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 685p.

MARUYAMA, Natalia. Liberdade, lei natural e direito natural em Hobbes: limiar do direito e da política na modernidade. **Transformação**, Marília, v. 32, n. 2, 2009, p. 45-62 Disponível em: <<https://goo.gl/hEevzz>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

MASUELLI, Saverio. In claris non fit interpretatio: alle origini del brocardo. **Rivista di Diritto Romano**, Milano, 2, n. 1, 2002. p. 401-424. Disponível em: <<https://goo.gl/nsXE1o>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

MATA, José Veríssimo Teixeira da. Os limites da soberania em Rousseau. **Transformação**, Marília, v. 18, jan. 1995, p. 95-104. Disponível em: <<https://goo.gl/S2p2QJ>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MATTOS, Delmo. Behemoth ou o longo parlamento: o sentido da história em Hobbes. **Expedições**, Goiania, v. 4, n. 2, ago./dez. 2013, p. 84-97. Disponível em: <<https://goo.gl/ZwiRzT>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000, p. 183-202. Disponível em: <<https://goo.gl/t6jL54>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 9, n. 84, abr./maio 2007, p. 41-48. Disponível em: <<https://goo.gl/nS6LaR>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 200, out./dez. 2013, p. 189-210. Disponível em: <<https://goo.gl/4f77t1>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**: as cortes constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. 252p.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das consituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1997. 248p.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 26, 2009, p. 139-146. Disponível em: <<https://goo.gl/XATG5q>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

MELO, Milena Petters. Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica**. Itajaí: Ed. Univali, 2001. 213p.

MELO, Oswaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. 136p.

MELO, Oswaldo Ferreira de. **Temas atuais da política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 88p.

MELO, Rúrion. Repensando a esfera pública: esboço de uma teoria crítica da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 94, abr. 2015, p. 11-39. Disponível em: <<https://goo.gl/qTttdH>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 200p.

MENDES, Conrado Hubner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/3koBxV>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. **Katálysis**, Florianópolis, v. 10, n. 2, jul./dez. 2007, p. 143-153. Disponível em: <<https://goo.gl/VfCDnx>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 375p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2051p.

MENDES, Marcelo Barroso. A constituição dirigente e a Constituição de 1988. **Revista Virtual da AGU**, Brasília, v. IX, n. 88, maio 2009, p. 1-9. Disponível em: <<https://goo.gl/JyYuBR>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 18, 2010, p. 1-46. Disponível em: <<https://goo.gl/ZMMgcA>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Tradução de Javier Esquivel. Distrito Federal, México: Unam, 1976. 132p. Título original: *Leben und werk*.

MEZZETTI, Luca. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 7, n. 2, 2009, p. 281-300. Disponível em: <<https://goo.gl/EemoyM>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

MIGALHAS. Informativo 4.408. **Migalhas**. Disponível em: <<https://goo.gl/eqSXjT>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Constitucionalismo y democracia. **Isonomía**, Madrid, v. 21, out. 2004, p. 51-84. Disponível em: <<https://goo.gl/eEK26B>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

MIGUEL, Luis Felipe. Representação política em 3D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 123-140. Disponível em: <<https://goo.gl/p6wPXY>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução de Rita de Cássia Gondin Neiva. São Paulo: Escala, 2006. 157p. Título original: *On liberty*.

MIRANDA, Jorge. Funções do estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, jul. 1992, p. 85-99. Disponível em: <<https://goo.gl/yQd8hG>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Coimbra: Coimbra Ed., v. I, 2011. 444p.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa no ensino superior: entre a excelência e a justiça racial. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 88, out. 2004, p. 757-776. Disponível em: <<https://goo.gl/Rtd4NZ>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

MONTEAGUDO, Ricardo. Filosofia e paradigma em Cícero. **Transformação**, Marília, v. 25, n. 1, 2002, p. 53-65. Disponível em: <<https://goo.gl/5dKJ7r>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851p. Título original: *De l'esprit des lois*.

MORGAN, Lewys Henry. A sociedade antiga. In: (ORG.), Celso Castro. **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução de Paulo Neves da Silva. 6. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. 181p. Título original: *Terre-patrie*.

MORRAL, John B. **Aristóteles**. Tradução de Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: EdUnB, 1985. 133p. Título original: *Aristotle*.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. 104p. Título original: *Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*.

MUSAGORA. La citoyenneté à Athènes. **Canopé**. Disponível em: <<https://goo.gl/7zrnvi>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

NEIVA, Pedro Robson Pereira. Os determinantes da existência dos poderes das câmaras altas: federalismo ou presidencialismo? **Dados**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, 2006, p. 269-299. Disponível em: <<https://goo.gl/DfQU3p>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

NETO, João dos Passos Martins; THOMASELLI, Bárbara Lebarbechon Moura. Do estado de direito ao estado de justiça. **Sequência**, Florianópolis, v. 67, dez. 2013, p. 309-334. Disponível em: <<https://goo.gl/H2QxAj>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

NETO, João dos Passos Martins. **Não-Estado no Leviatã de Hobbes**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999. 157p.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. 178p.

NIEMBRO, Roberto Ortega. Una mirada al constitucionalismo popular. **Isonomía**, Distrito Federal, v. 38, jul. 2013, p. 191-224. Disponível em: <<https://goo.gl/gTK7LP>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Buenos Aires: Gedisa, 1997. 304p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. 783p.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil**: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária. Brasília: UnB, 1999. 199f. Tese, Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. 220p.

NUNES, Luiz Felipe; LEAL, Rogério Gesta. Ativismo e jurisdição constitucional: o papel da corte interamericana de direitos humanos na justiça de transição brasileira - verdade, memória e justiça. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016, p. 185-208. Disponível em: <<https://goo.gl/Nu6Ki2>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. O sistema político brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 15, n. 33, maio/ago. 2013, p. 206-246. Disponível em: <<https://goo.gl/MPp14o>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judiciário e política no Brasil contemporâneo: um retrato do Supremo Tribunal Federal a partir da cobertura do jornal Folha de S. Paulo. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, dez. 2017, p. 937-975. Disponível em: <<https://goo.gl/CrZ4Wt>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011. 260p.

OLIVEIRA, Fábio de. A constituição dirigente: morte e vida no pensamento do doutor Gomes Canotilho. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, 2005, p. 195-228. Disponível em: <<https://goo.gl/tqNP4T>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 20, ago. 2014, p. 33-45. Disponível em: <<https://goo.gl/N1xxkB>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

OLIVEIRA, Janio Davila de. O discurso de Creonte na Antígona de Sófocles. **Fragmentum**, Santa Maria, v. 1, n. 38, jul./set. 2013, p. 85-96. Disponível em: <<https://goo.gl/qYrrbT>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantias da magistratura e independência do judiciário. **Themis**, Fortaleza, v. 3, n. 1, 2000, p. 277-286. Disponível em: <<https://goo.gl/ufejUr>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katia. Limites e perspectivas do diálogo constitucional entre o constitucionalismo popular e democrático e o direito internacional dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 23, n. 1, jan./abr. 2018, p. 35-70. Disponível em: <<https://goo.gl/XcAY5z>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 14, n. 55, jul./set. 1977, p. 55-82. Disponível em: <<https://goo.gl/4GBhuV>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. De legislador negativo a legislador positivo: as sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 80, maio/ago. 2016, p. 55-68. Disponível em: <<https://goo.gl/mkz1DS>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

ORTA, María Elena. La constitución como norma suprema y la supremacia de la constitución nacional. **Amicus Curiae**, Distrito Federal, v. III, n. 4, p. 1-10 Disponível em: <<https://goo.gl/5XaUPY>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

OSTWALD, Martin. **From popular to the sovereignty of law**. Berkeley: University Of California Press, 1986. 663p.

PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Tradução de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997. 701p. Título original: *Defensor pacis*.

PAINE, Thomas. **The complete writing of Thomas Paine**. Binghamton: Citadel Press, 1945. 696p.

- PAIVA, Domingos Augusto. O controle de constitucionalidade na França. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 197-210. Disponível em: <<https://goo.gl/we8HqL>>. Acesso em: 28 jan. 2018.
- PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007. 258p. (Tese).
- PANDOLFI, Dulce (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 248p.
- PARDINAS, Felipe. **Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales**. Distrito Federal: Siglo Veintiuno, 1969. 242p.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: Diploma Legal, 2003. 127p.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. 232p.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. 206p.
- PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 174, abr./jun. 2007, p. 35-47. Disponível em: <<https://goo.gl/Zf3azL>>. Acesso em: 05 ago. 2018.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. **Lua Nova**, São Paulo, v. 34, 1995, p. 85-104. Disponível em: <<https://goo.gl/uLnT1T>>. Acesso em: 27 jul. 2018.
- PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. Especial, 2015, p. 63-87. Disponível em: <<https://goo.gl/TwphCa>>. Acesso em 15 jan. 2016.
- PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Público**, v. 7, n. 31, jan 2011, p. 25-57 Disponível em: <<https://goo.gl/eKC6qz>>. Acesso em: 26 jul. 2018.
- PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. 352p. Título original: *Πολιτεία*.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: EdUsp, v. 2, 1974. 416p. Título original: *The open society and its enemies*.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: EdUsp, v. 1, 1974. 394p. Título original: *The open society and its enemies*.

POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, set./dez. 2016, p. 272-285. Disponível em: <<https://goo.gl/ZV9Sqq>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

POST, Robert C. Constitutional restraints on the regulations of scientific speech and scientific research. **Science and Engineering**, v. 15, n. 3, 2009, p. 431-438. Disponível em: <<https://goo.gl/38zEoh>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

POST, Robert C. Democracy and equality. **Faculty Scholarship Series**, 2005. p. 24-36. Disponível em: <<https://goo.gl/p5o2Dg>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

POST, Robert C. Democracy, popular sovereignty and judicial review. **California Law Review**, Berkeley, v. 86, n. 3, 1998, p. 429-443. Disponível em: <<https://goo.gl/zAuRqZ>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

POST, Robert C. Meiklejohn's mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. **University of Colorado Law Review**, Denver, v. 64, 1993, p. 1.109-1.137. Disponível em: <<https://goo.gl/8HexhY>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Originalism as a political practice: the right's living constitution. **Fordham Law Review**, 75, 2006-2007. p. 545-574. Disponível em: <<https://goo.gl/UTfX64>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, 2004, p. 1027-1043. Disponível em: <<https://goo.gl/zgZDxo>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Protecting the constitution from the people: juricentric restrictions on section five power. **Indiana Law Journal**, 78, n. 1, 2003. p. 2-45. Disponível em: <<https://goo.gl/Sn2iVn>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutions and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007, p. 373-433. Disponível em: <<https://goo.gl/kWNrck>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

POUND, Roscoe. **An introduction to the philosophy of law**. New Heaven: Yale University Press, 1922. 92p.

POUND, Roscoe. **Filosofia do direito**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. 179p. Título original: *An introduction to the philosophy of law*.

POWER, Timothy J.; JAMISON, Giselle D. Desconfiança política na América Latina. **Opinião Pública**, Campinas, v. XI, n. 1, mar. 2005, p. 64-93. Disponível em: <<https://goo.gl/MmTuwh>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

POZEN, David E. Judicial elections as popular constitutionalism. **Columbia Law Review**, Nova York, v. 110, nov. 2010, p. 2.047-2.134. Disponível em: <<https://goo.gl/R7C6kM>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Uniritter**, Porto Alegre, v. 10, 2009, p. 97-118. Disponível em: <<https://goo.gl/9AQfRN>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, Alicante, v. 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <<https://goo.gl/sBxc6m>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PUCCINELLI JR., André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. 539p.

RADIN, Rodrigo André; LUCAS, Julio Cesar Silva. A jurisdição constitucional frente à judicialização da política e ou politização do judiciário. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, nov. 2008, p. 7736-7761. Disponível em: <<https://goo.gl/8ZtESV>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. 333p.

RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 22, n. 49, mar. 2014, p. 205-230. Disponível em: <<https://goo.gl/FhE8KF>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. 538p.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. 430p. Título original: *Political liberalism*.

RAWLS, John. Outline of a decision procedure for ethics. **The philosophical review**, Durham, v. 60, n. 2, abr. 1951, p. 177-197. Disponível em: <<https://goo.gl/PosQqL>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

REICH, Norbert. **Teoría impura del derecho y teoría marxista del derecho**. Bogotá: Temis, 1984. 270p. Título original: *Reine rechtslehre und marxistische rechtstheorie*.

REIS, Cláudio Araújo. Vontade geral e decisão coletiva em Rousseau. **Transformação**, Marília, v. 33, n. 2, 2010, p. 11-34. Disponível em: <<https://goo.gl/EJbdkL>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

REIS, Lucas de Moura. **Agentes racionais e o teorema do júri**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2008. 32f. (monografia).

ROCHA, Leonel Severo da. A especificidade simbólica do direito pós-revolução de 1964. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RODRIGUES, Carla. Antígona: lei do singular, lei no singular. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, jun. 2012, p. 32-54. Disponível em: <<https://goo.gl/JQNXYJ>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. Sobre juízes e políticos: repensando a dificuldade contramajoritária à luz do modelo de Georg Vanberg. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 39, n. 1, 2014, p. 139-150. Disponível em: <<https://goo.gl/VTa3as>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. 88p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 186p. Título original: *Du contrat social: principes du droit politique*.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1984. 579p. Título original: *Diritto costituzionale: istituzioni di diritto pubblico*.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. Tradução de Breno Silveira. São Paulo: Nacional, 1965. 730p. Título original: *The history of western philosophy*.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Reflexiones sobre la constitución viviente (living constitution). **Dikaion**, Bogotá, v. 17, n. 12, jul. 2009, p. 1-18. Disponível em: <<https://goo.gl/vj7P1c>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 356p.

SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación de la constitucional. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, v. 9, maio/ago. 1991, p. 175-198. Disponível em: <<https://goo.gl/8qwJCQ>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Refundación del estado en America Latina**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. 156p.

SARGENT, Mark L. The conservative covenant: the rise of the Mayflower Compact in American myth. **The New England Quarterly**, Cambridge, 61, n. 2, jun. 1988. p. 233-251. Disponível em: <<https://goo.gl/bwmGkZ>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 2, n. 1, 2001, p. 73-95. Disponível em: <<https://goo.gl/b4SpkH>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1469p.

SARLO, Oscar. El marco teórico en la investigación dogmática. In: COURTIS, Christian. **Observar la ley**: ensayos sobre la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006.

SARLO, Oscar. Investigación jurídica: fundamentos y requisitos para su desarrollo desde lo institucional. **Isonomia**, Distrito Federal, México, 19, 2003. p. 183-196. Disponível em: <<https://goo.gl/GS6p36>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 655p.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 308p.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 624p.

SCHEUERMAN, William E. Entre o radicalismo e a resignação: teoria democrática em Direito e democracia, de Habermas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 13, abr. 2014, p. 155-185. Disponível em: <<https://goo.gl/J9kCkZ>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992. 151p. Título original: *Der begriff des politischen*.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 252p. Título original: *Der hütter der verfassung*.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Petrópolis: Vozes, 1992. 90p. Título original: *Politische theologie: vier kapitel zur lehre von der souveränität*.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Francisco Ayala. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996. 377p. Título original: *Verfassungslehre*.

SCOTT, Austin. Holmes vs. Walton: the New Jersey precedent. **The American Historical Review**, v. 4, n. 3, abr. 1899, p. 456-469. Disponível em: <<https://goo.gl/6PZN4J>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SELL, Carlos Eduardo. Democracia com liderança: Max Weber e o conceito de democracia plebiscitária. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v. 5, jul. 2011, p. 139-166. Disponível em: <<https://goo.gl/b3z2qx>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 19. ed. São Paulo: Cortez, 1993. 252p.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 324p. Título original: *The moral foudation of politics*.

SIEGEL, Reva B. Constitutional culture, social movement and constitutional change: the case of the de facto ERA. **California Law Review**, Berkeley, v. 94, n. 2, out. 2006, p. 1.323-1.419. Disponível em: <<https://goo.gl/xWnim5>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

SIEGEL, Sthephen A. Lochner era jurisprudence end the amrican constitutional tradition. **Noth Carolina Law Review**, Chapel Hill, v. 70, 1991, p. 1-111. Disponível em: <<https://goo.gl/GwFMmU>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o terceiro estado?** Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. 155p. Título original: *Qu'est-ce que le tiers état?*

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 231p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 878p.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 210p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, jan. 2009, p. 197-227. Disponível em: <<https://goo.gl/QzRFiv>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SILVEIRA, Daniel Barile da; PETINI, Elton Johnny. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, jul./dez. 2011, p. 251-273. Disponível em: <<https://goo.gl/GhhSxk>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

SILVEIRA, Denis Coitinho. O papel da razão pública na teoria da justiça de John Rawls. **Filosofia Unisinos**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, jan./abr. 2009, p. 65-78. Disponível em: <<https://goo.gl/BtsfYS>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Transformação**, São Paulo, n.

32, 2009, p. 139-157. Disponível em: <<https://goo.gl/q4p2V5>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SLAIB FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002, p. 284-319. Disponível em: <<https://goo.gl/Z4ehcz>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

SOARES, Bruno Martins. A ideia de razão pública de John Rawls e o reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2016, p. 222-243. Disponível em: <<https://goo.gl/iM1eEz>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: EdUnB, 1997. 103p. Título original: *Ἀντιγόνη*.

SÓFOCLES. **Édipo rei**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. 143p. Título original: *Οἰδίπους Τύραννος*.

SOUKI, Nádia. **Behemoth contra Leviatã**: guerra civil na filosofia de Thomas Hobbes. São Paulo: Loyola, 2008. 267p.

SOUZA, Antônio Francisco de. A separação dos poderes em Locke. **Pólis**, Lisboa, v. 4-5, jul./dez. 1995, p. 7-42. Disponível em: <<https://goo.gl/BSCBVu>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

SPINDELMAN, Marc. Progressive constitutionalism considered. Symposium: reflections on progressive constitutionalism: theory, practice and critique. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 72, n. 6, 2011, p. 1.069-1.072. Disponível em: <<https://goo.gl/nH5jCn>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

STRAUSS, David. **The living constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2010. 149p.

STRAUSS, Leo. **Direito e história natural**. Tradução de Miguel Morgado. Coimbra: Edições 70, 2009. 277p. Título original: *Natural rights and history*.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terras brasílicas. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, jul./dez. 2011, p. 2-37. Disponível em: <<https://goo.gl/p8F6S8>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. 320p.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciopiologismo à concepção hipossuificante de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 194, abr./jun. 2012, p. 7-21. Disponível em: <<https://goo.gl/kVnXJo>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 974p.

STRECK, Lenio Luiz. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://goo.gl/LZLizo>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 712p.

STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 8, n. 3, maio/ago. 2013, p. 2330-2363. Disponível em: <<https://goo.gl/37wcXv>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. Especial, 2015, p. 52-61. Disponível em: <<https://goo.gl/sMxG6K>>. Acesso em 15 jan. 2016.

SULTANY, Nimer. The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 47, jul. 2016, p. 371-455. Disponível em: <<https://goo.gl/LeNq37>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009. 225p.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Harvard Public Law Working Paper**, Cambridge, 25 set. 2008, p. 1-25 Disponível em: <<https://goo.gl/HMPSmc>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. If people would be outraged by their rulings, should judges care? **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 151, fev. 2007, p. 1-60 Disponível em: <<https://goo.gl/u8tZus>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. 304p.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, jul./dez. 2012, p. 31-46. Disponível em: <<https://goo.gl/3vcx4d>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn; WESTHEIDER, James. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. 568p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1033p.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 19-47. Disponível em: <<https://goo.gl/7gD5iU>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O sistema de jurisdição constitucional francês: do primado da lei à questão prioritária de constitucionalidade. **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, 23, n. 1, nov. 2015. p. 193-208. Disponível em: <<https://goo.gl/i12djK>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

THAYER, James Bradlet. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1893. 30p.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 506p. Título original: *De la démocratie en Amérique*.

TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 58, 2005, p. 455-562. Disponível em: <<https://goo.gl/r7igpc>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

TREANOR, William Michael. The case of the prisoners and the origins of judicial review. **University of Pennsylvania Law Review**,

Philadelphia, v. 143, 1994, p. 491-570. Disponível em: <<https://goo.gl/iTVVAi>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

TRIEPEL, Heinrich. *et al.* **Wesen und entwicklung der staatsgerichtsbarkeit**: überprüfung von verwaltungsakten durch die ordentlichen gerichte. Berlim: Gruyter, 1929. 238p.

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Pietro Sanchís e Garcia Amado. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, 10, n. 2, jul./dez. 2016. p. 406-430. Disponível em: <<https://goo.gl/bZC1Cr>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 101, n. 8, ago. 2003, p. 2.781-2.802. Disponível em: <<https://goo.gl/vDVZ6n>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999. 256p.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analyss become?** Nova York: Verso, 1996. 198p.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://goo.gl/NT7y8R>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

VALADEZ, Miguel Antonio Núñez. The living constitution (recensión). **Eunomia**, Madrid, v. 1, set./fev. 2012, p. 196-201. Disponível em: <<https://goo.gl/8Vpuri>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009. 152p.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Contestação, persuasão e consenso no STF**: construindo um constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. 216p.

VARELA, Thiago Ragonha. A evolução do controle de normas no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, 2002, p. 165-178. Disponível em: <<https://goo.gl/cYqdDY>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: Reus, 1985. 242p.

VERDÚ, Pablo Lucas. Lugar de la teoría de la constitución en el marco del derecho político. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, v. 188, mar./abr 1973, p. 5-20. Disponível em: <<https://goo.gl/3ma74U>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

VERDÚ, Pablo Luvas; CUEVAS, Pablo Lucas Murillo de la. **Manual de derecho político**: introducción y teoría del estado. Madrid: Tecnos, 1987. 328p.

VERGNIÈRES, Solange. **Ética e política em Aristóteles**. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1988. 304p. Título original: *Étique et politique chez Aristote: physis, ethos, nomos*.

VIADDEL, Antonio Colomer. **Constitución, estado y democracia en el umbral del siglo XXI**. Valência: Nomos, 1995. 310p.

VIEIRA, Mónica Brito; SILVA, Filipe Carreira. Democracia deliberativa hoje: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 10, abr. 2013, p. 151-194. Disponível em: <<https://goo.gl/4iAGqN>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, jul./dez. 2008, p. 441-463. Disponível em: <<http://goo.gl/7sIL7h>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

VILE, M. C. J. **Constitutionalism and separation of power**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. v. 1. 455p.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and separation of powers**. 2. ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1998. v. 2. 397p.

VILE, M. J. C.. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 453p.

WALD, Patricia M. One nation indivisible, with liberty and justice for all: lessons from the american experience for new democracies. **Fordham Law review**, Nova York, v. 59, 1990, p. 283-297. Disponível em: <<https://goo.gl/yVSUQP>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

WALDMAN, Ricardo Libel. A teoria dos princípios de Ronald Dworkin. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 2, n. 2, 2001, p. 425-447. Disponível em: <<https://goo.gl/WyC92c>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Nova York: Cambridge University Press, 1999. 224p.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Altonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. A skeptical view. **Public Law Reserach Paper**, New York, v. 10, n. 87, 2012, p. 1-45. Disponível em: <<https://goo.gl/2VqLiS>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, jan. 2009, p. 2-24. Disponível em: <<https://goo.gl/RDUKUi>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Nova York: Oxford University Press, 1999. 344p.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016. 416p.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, n. 6, abr. 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<https://goo.gl/MH7S6y>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

WALDRON, Jeremy. The wisdom of the multitude: some reflections on book 3, chapter 11 of Aristotle's politics. **Political Theory**, Charlottesville, v. 23, n. 4, nov. 1995, p. 563-584. Disponível em: <<https://goo.gl/yw1aHC>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: EdUFSC, 1983. 133p

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência**, Florianópolis, v. 3, n. 5, jan. 1982, p. 48-57. Disponível em: <<https://goo.gl/6THFXV>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

WEBBER, Jeremy. Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights: lessons from Canada (and elsewhere). **Australian Journal of Human Rights**, Sydney, 9, n. 1, 2003. p. 135-182. Disponível em: <<https://goo.gl/eRfXFT>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. 530p. Título original: *Essays in sociology*.

WERLE, Denilson Luis. Razão e democracia: uso público da razão e política deliberativa em Habermas. **Transformação**, Marília, v. 36, set. 2013, p. 149-176. Disponível em: <<https://goo.gl/ev7DSH>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

WHITTINGTON, Keith. **Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the supreme court, and constitutional leadership in U.S. history**. Princeton: Princeton University Press, 2007. 320p.

WIGHT, Martin. **A política do poder**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. 329p.

WILLIAMS, Walter E. **Liberty versus the tyranny of socialism: controversial essays**. Stanford: Stanford University Press, 2008. 378p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 324p.

WOLKMER, Antonio Carlos; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado; FAGUNDES, Lucas Machado. Crítica do constitucionalismo latino-americano e caribenho. **Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, dez. 2017, p. 2843-2881. Disponível em: <<https://goo.gl/dnFpHw>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

WOLLHEIM, Richard. A paradox in the theory of democracy. In: LASLETT, Peter e RUNCIMAN, W. G. **Philosophy, politics and society**. Oxford: Basil Blackwell, 1962.

XAVIER, Vinicius de Moura. A essência da constituição: uma análise da colaboração de Ferdinand Lassale para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 50, n. 197, jan./mar. 2013. p. 301-313. Disponível em: <<https://goo.gl/Z7RrFv>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010, p. 119-141. Disponível em: <<https://goo.gl/H6BVm3>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risk. **International Journal on Human Rights**, São

Paulo, n. 2, 2007, p. 49-65. Disponível em: <<https://goo.gl/Xz8dUz>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. 155p. Título original: *La crucifixión y la democracia*.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. 156p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Distrito Federal, v. XXXIX, n. 117, set./dez. 2006, p. 1.135-1.151. Disponível em: <<https://goo.gl/rX3jL4>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro. A ocidente do ocidente. **Revista de História**, São Paulo, v. 170, jun. 2014, p. 77-106. Disponível em: <<https://goo.gl/uWBLzj>>. Acesso em: 19 jul. 2018.