



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PIETRO GOUVEIA DE CERQUEIRA

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS NOVOS LIMITES DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Recife

2023

PIETRO GOUVEIA DE CERQUEIRA

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS NOVOS LIMITES DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Jurisdição e Processo Constitucional. Linha de pesquisa: Transformações do Direito Público.  
Orientadora: Professora Doutora Gina Gouveia Pires de Castro

Recife

2023

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

C411n Cerqueira, Pietro Gouveia de.  
O Neoconstitucionalismo e os novos limites da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal / Pietro Gouveia de Cerqueira. -- Recife, 2023.  
118 f.

Orientadora: Profa. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco,  
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,  
2021.

Inclui referências.

1. Direito constitucional - Brasil. 2. Jurisdição constitucional.  
3. Neoconstitucionalismo. 4. Ativismo judicial. I. Castro, Gina Gouveia Pires de  
(Orientadora). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-34)

PIETRO GOUVEIA DE CERQUEIRA

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS NOVOS LIMITES DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Jurisdição e Processo Constitucional. Linha de pesquisa: Transformações do Direito Público.

Aprovado em: 29/08/2023.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro (Orientadora)  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Profa. Dra. Anna Priscylla Lima Prado (Examinadora Externa)  
Universidade Estácio

---

Profa. Dra. Amanda Patrycia Coutinho de Cerqueira (Examinadora Externa)  
Universidade UNINASSAU

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, minha família e todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a realização deste trabalho.

Ya sé que si para ser  
el hombre elección tuviera,  
ninguno el papel quisiera  
del sentir y padecer;  
todos quisieran hacer  
el de mandar y regir,  
sin mirar, sin advertir  
que en acto tan singular  
aquello es representar,  
aunque piense que es vivir.

(Caldrón de la Barca, 1997 p.13)

## RESUMO

O objeto deste trabalho dissertativo é a investigação da expansão da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal como efeito da assimilação de alguns dos postulados do Neoconstitucionalismo. A atuação da Suprema Corte, em certos casos de grande repercussão, tem provocado controvérsia no meio jurídico, seja em razão da argumentação de que se usa, ou das conclusões a que se chega, gerando intenso debate sobre a validade destas decisões. A partir da hipótese de que estas decisões se fundamentam e legitimam em postulados apresentados pelo Neoconstitucionalismo, importa investigar a validade destes postulados e sua compatibilidade com o texto constitucional nacional. Para cumprir com este objetivo, busca-se, em primeiro lugar, definir a razão de ser da jurisdição constitucional e os pontos fulcrais da teoria Neoconstitucional no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, democracia, representação política e separação de poderes, postulados que se especula como tendo relação causal com o fenômeno de expansão de jurisdição constitucional observado. Ao fim, é feito exame crítico dos postulados apresentados onde suas inconsistências e relativas incompatibilidades com o texto constitucional são analisados.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; neoconstitucionalismo; ativismo judicial.

## **ABSTRACT**

The objective of this study is the investigation of the expansion of judicial review in the Brazilian Federal Supreme Court as an effect of the assimilation of some of the postulates of Neoconstitutionalism. The action of the Supreme Court, in certain cases of great repercussion, has provoked controversy in the legal academy, either because of the arguments used or the conclusions reached, generating intense debate about the validity of these decisions. Based on the hypothesis that these decisions are based and legitimized on postulates presented by Neoconstitutionalism, it is important to investigate the validity of these postulates and their compatibility with the national constitutional text. In order to fulfill this objective, we seek, firstly, to define the concept of judicial review and the key points of the Neoconstitutional theory with regard to democracy, political representation and separation of powers, postulates that are speculated as having a causal relationship with the observed phenomenon of expansion of judicial review. At the end, a critical examination of the presented postulates is made where their inconsistencies and relative incompatibilities with the constitutional text are presented.

**Keywords:** judicial review; neoconstitucionalism; judicial activism.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
STF	Supremo Tribunal Federal
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DOU	Diário Oficial da União
Min	Ministro
PL	Projeto de Lei

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	<b>14</b>
2.1	CONTEXTUALIZAÇÃO	14
2.2	ORIGEM HISTÓRICA: DEFINIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	14
<b>2.2.1</b>	<b>Constituição escrita</b>	<b>17</b>
<b>2.2.2</b>	<b>Constituição limitada</b>	<b>20</b>
2.3	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL	24
2.4	O HABEAS CORPUS. nº 3.527/1914. OBSERVAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO STF	27
<b>3</b>	<b>O NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	<b>34</b>
3.1	DESAFIOS NA DEFINIÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	34
3.2	RAÍZES ETIMOLÓGICAS	34
3.3	PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	35
3.4	NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA E COMO IDEOLOGIA	37
3.5	A DEMOCRACIA E O NEOCONSTITUCIONALISMO	40
<b>3.5.1</b>	<b>A Democracia Formal</b>	<b>42</b>
<b>3.5.2</b>	<b>A Democracia Substancial</b>	<b>46</b>
3.6	O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	48
<b>3.6.1</b>	<b>Antecedente Histórico: A Suprema Corte dos EUA</b>	<b>48</b>
<b>3.6.2</b>	<b>Força normativa da constituição</b>	<b>53</b>
<b>3.6.3</b>	<b>A função representativa da corte constitucional</b>	<b>58</b>
<b>3.6.4</b>	<b>A superação do modelo de separação dos poderes</b>	<b>71</b>
<b>4</b>	<b>EXAME CRÍTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROPOSTA PELO NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	<b>79</b>
4.1	OS POSTULADOS TEÓRICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS DESAFIOS	79
<b>4.1.1</b>	<b>A separação de poderes</b>	<b>79</b>
<b>4.1.2</b>	<b>O conceito de democracia e a representação pela corte</b>	<b>86</b>

	<b>constitucional</b>	
4.2	O NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO NATURAL	92
4.3	A INSTRUMENTALIZAÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	100
5	<b>CONCLUSÃO</b>	106
	<b>REFERÊNCIAS</b>	109

## 1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho dissertativo temos por objetivo demonstrar que alguns dos postulados do Neoconstitucionalismo são responsáveis pela expansão da jurisdição constitucional que se tem visto no Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, além de guardar incompatibilidades com a Constituição Federal de 1988, provocando, assim, perplexidade em toda ciência jurídica nacional.

Para alcançar este fim, conceituaremos o que se entende por jurisdição constitucional, nos valendo da definição tradicional que assim foi exposta pelos *frames* da Constituição dos EUA, nomeadamente Hamilton e o constitucionalistas clássicos norte-americanos. Em seguida, demonstraremos de que forma a jurisdição constitucional foi transladada para Brasil na Constituição Federal de 1891, e evidenciaremos como esse instituto foi preservado no seu sentido histórico e original ao longo das sucessivas cartas constitucionais até sua recepção na Constituição de 1988.

Em seguida, nos incumbiremos de tratar do fenômeno do Neoconstitucionalismo em si, buscando sua definição nos textos de seus próprios defensores e divulgadores. De logo advertimos não se mostrar necessário uma análise detalhada de todos os conceitos imbricados no Neoconstitucionalismo, isso porque, além da complexidade do próprio objeto, nos importam apenas aqueles que mais se fazem presentes nos julgados do Supremo Tribunal Federal, contribuindo para o movimento de expansão da jurisdição constitucional postulado em nossa pesquisa. Buscaremos comprovar essa influência do Neoconstitucionalismo através de apontamentos nos argumentos presentes nos votos dos ministros do STF, indicando, desse modo, a relação de causalidade entre a referida teoria e o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional analisado.

Finalmente, através dos casos analisados e da exposição dos conceitos, faremos um restrito exame crítico do neoconstitucionalismo, demonstrando a existência de pontos de incompatibilidade entre os seus postulados em matéria de jurisdição constitucional e os princípios e determinações contidas na Constituição Federal de 1988.

Para cumprir com nossos objetivos de pesquisa, adotaremos o seguinte procedimento:

a) Definiremos, em primeiro lugar, o que se entende por jurisdição constituição na sua acepção tradicional, dentro do contexto histórico e político de sua criação. Em seguida, buscaremos conceituar o Neoconstitucionalismo a partir das explicações fornecidas pelos próprios propugnadores desta doutrina. Em ambos os casos, em razão do próprio

objeto, o procedimento de pesquisa será bibliográfico e documental, sendo a análise teórica, qualitativa e histórica, onde os julgados transcritos servirão apenas para exemplificar e tornar mais clara a exposição da matéria e a definição dos conceitos.

b) A seguir, procuraremos demonstrar que a expansão da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal é consequência – não exclusiva – da assimilação por parte dos membros da corte de certos postulados defendidos pelo Neoconstitucionalismo, cujos principais serão delineados e definidos individualmente. Para verificar a hipótese levantada, faremos uma análise exploratória e diagnóstica de julgados de grande repercussão<sup>1</sup>, onde buscaremos identificar a presença, ainda que implícita, dos referidos postulados propugnados pelo Neoconstitucionalismo nos votos e argumentos apresentados.

c) Por fim, faremos um exame crítico restrito sobre os mencionados postulados do Neoconstitucionalismo e suas eventuais incompatibilidades com a Constituição Federal de 1988. Concluiremos a nossa pesquisa com uma breve especulação sobre as origens do fenômeno de expansão da jurisdição constitucional.

Ainda sobre o método de que nos serviremos, importa notar que faremos diversas digressões históricas, sem que com isso tenhamos a pretensão de esgotar a matéria ou mesmo fazer uma *análise* histórica, no sentido rigoroso do termo. Preferimos, pela limitação de nosso tempo e alcance restrito desta dissertação, o método  *sintético* no exame histórico, o que significa dizer que não se observa a necessidade de tratar detalhadamente de certos fenômenos ou períodos históricos à nível de detalhe, pois o apanhado geral de certos movimentos histórico é, por vezes, mais esclarecedor que a descrição minuciosa dos eventos ocorridos. Importa considerar que não raro falta aos pesquisadores esse espírito de síntese, que busca a unidade de sentido na multiplicidade confusa dos fatos individualmente analisados. Logo, o método sintético, ao qual fazemos aqui referência, se mostra o mais apropriado aos objetivos de nossa pesquisa, que pretende observar um fenômeno amplo, cuja extensão jamais conseguiríamos abarcar nos servindo dos tradicionais métodos analíticos de pesquisa, que por vezes se perdem na faina da infinita decomposição dos fenômenos até suas menores partes, sem disso tirar qualquer proveito, porquê de tão pequenos os fatos se perde toda

---

<sup>1</sup> Por grande repercussão, queremos nos referir aos julgados que acabaram por provocar maior polêmica, seja no meio especializado ou jornalístico, geralmente em razão do teor fortemente político ou ético que esses casos envolvem, de maneira a chamar a atenção para atuação do STF enquanto corte constitucional.

inteligibilidade que só o conjunto confere. Assim, acreditando justificado nosso inusual método de pesquisa, ousamos concluir dizendo que o verdadeiro conhecimento consiste em saber unificar a multiplicidade da realidade numa visão sinótica, que reúna a multiplicidade sensível na unidade da Ideia da qual depende<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> REALE, Giovanni. Para uma nova interpretação de Platão. Tradução: Marcelo Perine São Paulo: Edições Loyola. 1997. 14ªEd. p. 136.

## 2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Antes de adentrar na matéria própria desta dissertação, se faz necessária uma breve dilação histórica para situar a problemática que pretendemos enfrentar nos próximos capítulos. Este recuo, no entanto, se limitará consideravelmente no tempo e no espaço, pois, se tratando de um movimento jurídico-filosófico, o que devemos buscar para compreendê-lo “à luz de um critério superior, são as suas filiações históricas próximas e não as radículas que porventura poderiam prendê-lo a um passado remoto e fazê-lo imergir na noite dos tempos”<sup>3</sup>.

Desta feita, tomamos como partida deste estudo a formação dos estados nacionais modernos no final do século XVIII, com a Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão e formação da Estados Unidos da América pós-revolução, aqui tomado não apenas como a primeira república moderna, mas como o modelo de democracia liberal que viria a ser copiado pelos estadistas brasileiros na formação da primeira república e construção da Constituição de 1891.

### 2.2 ORIGEM HISTÓRICA: DEFINIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

De início é preciso considerar que na longa batalha pela defesa dos direitos fundamentais contra os abusos do Estado, o advento das constituições escritas e limitadas marcou o ponto de virada no curso da história em favor indivíduo, dando início à longa marcha em direção ao Estado de Direito com a fixação de garantias inamovíveis para a proteção do cidadão contra os excessos das autoridades públicas. Essas garantias, no entanto, seriam letra morta se não fossem acompanhadas de uma mudança substancial na concepção de estado que se deu na modernidade.

O absolutismo monárquico, que marcou o cenário político europeu até meados do século XIX, pela sua própria definição, jamais reconheceu limites à autoridade do monarca, que tinha poder de vida e de morte sobre todos os súditos e sobre toda propriedade. Os ingleses, primeiros a reagir a esse estado de coisas de forma consistente e duradoura, através da instituição do modelo parlamentar do governo vieram a criar limitações ao poder do monarca em defesa do indivíduo, no entanto, como se em um ensaio ao que viria a ser os

---

<sup>3</sup> CORREIA, Alexandre. A concepção Histórica do Direito. São Paulo: Livraria Editora Odeon. 1934, p. 19.

estados de direito modernos, acabaram por substituir o absolutismo da Coroa pelo absolutismo do Parlamento, que de igual modo não conhecia limites à sua ação criadora<sup>4</sup>. Reconhece-se, portanto, o valor do parlamentarismo iluminista inglês no caminho da construção do estado moderno, mas de uma análise mais cuidadosa se pode concluir que, ao menos do ponto de vista formal, os súditos ingleses estavam em situação precária frente aos abusos estatais de forma não muito diferente que seus vizinhos absolutistas, afinal o cidadão inglês comum não tinha poder legal contra as decisões do Parlamento, que sobre tudo podiam legislar sem constrangimentos de ordem jurídica-institucional.

Do iluminismo inglês, antes de adentrar no fenômeno propriamente norte-americano do *judicial review*, importa destacar a influência do pensamento ilustrado francês que virá, ulteriormente, a servir de base teórica para a justificação do controle de constitucionalidade nos EUA. Assim, não se poderia tratar da Ilustração Francesa do séc. XVIII sem falar do propugnador do Contrato Social, Jean Jaques Rousseau.

Convicto de que o homem nasce bom e é corrompido pela sociedade, mas consciente da impossibilidade de retorno ao estado virginal de Natureza, Rousseau propunha uma espécie de contrato para que o homem pudesse voltar ao estado de felicidade primitiva, que se constituiria, no seu entendimento, no gozo da liberdade e igualdade entre todos. Em suas próprias palavras, esclarece o filósofo:

Sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos da sua conservação, como ele poderia empregá-los sem se prejudicar e sem negligenciar os cuidados devidos? Essa dificuldade, no que atine ao meu tema, pode ser enunciada nos seguintes termos: Como encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, no entanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes? Esse é o problema fundamental ao qual o contrato social dá a solução.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Quanto à autoridade do parlamento inglês, oportuno transcrever as lições de Dicey, que tratando das características da “constituição” inglesa, por contraste, esclarece a natureza das constituições limitadas dos estados republicanos modernos: “There is no law which Parliament cannot change, or (to put the same thing somewhat differently), fundamental or so-called constitutional laws are under our constitution changed by the same body and in the same manner as other laws, namely, by Parliament acting in its ordinary legislative character”. E para que não reste dúvidas da autoridade absoluta do Parlamento, e a impossibilidade de revisão judicial das leis, complementa: “There does not exist in any part of the British Empire any person or body of persons, executive, legislative or judicial which can pronounce void any enactment passed by the British Parliament on the ground of such enactment being opposed to the constitution, or any ground whatever except, of course, it’s being repealed by Parliament”. DICEY, A. V., Introduction to the study of the law of the constitution. 8<sup>th</sup> Ed. Toronto: The Macmillan Co. 1927, p.86-88.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques. Do contrato social. São Paulo: Companhia das Letras. 2018. p 49.

Nesta forma de organização social, os indivíduos devem conferir ao Estado os seus *direitos naturais* para em troca receber os seus *direitos civis*. Assim, segundo Rousseau, a igualdade estaria garantida entre todos e a lei se tornaria a expressão da vontade geral (*volonté générale*), e não de uma classe governante, pondo fim as eras de opressão e dando início a uma era de liberdade<sup>6</sup>. Em síntese, temos aqui a fórmula básica dos estados nacionais modernos e o ideal de democracia a ser perseguido.

A ideia rousseuniana de liberdade enquanto autonomia plena do indivíduo, quando transposta para o plano político-comunitário, temos a ideia de soberania popular, muito cara aos primeiros líderes das revoluções democráticas do século XVIII. No entanto, essa concepção de liberdade viria, logo nos primeiros anos da Revolução Francesa, a mostrar suas consequências funestas, pois, levada às últimas consequências, teríamos a legitimação de qualquer lei ou forma de governo desde que respeitada a vontade da maioria, uma verdadeira *ditadura da maioria* em que tudo vale se respeitado o princípio puramente formal da *Volonté Générale*. O próprio Rousseau, como que num lampejo de assustadora lucidez, chega a afirmar que “quem se recusar a obedecer à *vontade geral* será forçado a fazê-lo por todo o corpo, o que significa que será forçado a ser livre”<sup>7</sup>.

Benjamin Constant, observando as atrocidades que foram cometidas durante a Revolução de 1789 sob o argumento da soberania popular, propôs a correção de certos pontos da teoria democrática de Rousseau, insistindo que os indivíduos possuem direitos que antecedem e independem de reconhecimento estatal, estando fora de qualquer discussão ou limitação pelo poder político, ainda que esteado pela vontade geral da população<sup>8</sup>. Essa concepção de *direito natural* que independe de outorga de autoridade política e se coloca acima da “soberania popular” é peça chave para o reconhecimento das limitações dos poderes estatais, com a consequente criação de *constituições limitadas*.

Voltando ao percurso histórico dos norte-americanos em caminho ao *judicial review*, é importante destacar que apesar da influência francesa que se faz perceber no discurso dos *founding fathers*, os norte-americanos, como herdeiros culturais dos ingleses, decidiram adaptar e aperfeiçoar o modelo inglês de organização estatal quando do seu processo de independência e criação da República, e não o modelo que viria a ser implementado na França revolucionária de 1789. A Constituição de 1787 reflete bem esse movimento, pois, diferente

---

<sup>6</sup> VECCHIO, Girogio. Lições de Filosofia de Direito. 5. Ed. Lisboa: Arménio Amado. 1979. p.68

<sup>7</sup> Ibidem. p. 42

<sup>8</sup> Texto disponível em: <[https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>

da forma inglesa de constituição (e mais diferente ainda da forma francesa), os EUA decidiram por uma constituição *escrita e limitada*. Passemos agora para a definição destes dois atributos essenciais das constituições modernas e suas consequências para a jurisdição constitucional.

### 2.2.1 Constituição escrita

Há coisas que mais facilmente se definem pelo seu contrário e este é o caso das constituições escritas, que melhor se compreendem quando comparadas com as constituições não escritas, não existindo melhor modelo de constituição não escrita que a inglesa.

Escreve José Soriano<sup>9</sup> que a constituição da Inglaterra não saiu do cérebro de algum filósofo, nem de discussões parlamentares, nem em dia ou ano específico. A constituição dos ingleses se encontra nos seus costumes e usos (*lex non scripta*), e mesmo aquelas disposições constitucionais que são escritas, são apenas para fixar em texto leis que já existiam costumeiramente. Neste sentido, sobre a constituição consuetudinária inglesa, esclarece o Constitucionalista:

O direito constitucional escrito é quase um direito de exceção ou uma legislação complementar. A exceção das garantias judiciárias, da liberdade religiosa, das grandes liberdades políticas, de imprensa, de associação e de reunião, à exceção da matéria eleitoral, o mais, e principalmente a organização, as atribuições, as relações recíprocas e o mecanismo dos poderes públicos (realeza, gabinete, câmara alta, câmara dos comuns) ficam fora do direito escrito: todos esses importantes assuntos, que são como o centro e a alma do direito constitucional, regulam-se na Inglaterra pelos simples *usos*.<sup>10</sup>

Muito diferente, se vê, são as constituições escritas que, em contraste com as constituições consuetudinárias, são um *produto consciente e dirigido de um corpo político bem definido*. Isso significa dizer que uma constituição escrita não difere de uma consuetudinária apenas na forma, mas também na substância. Uma constituição escrita é a plasmação em texto jurídico da vontade de um corpo político, que acaba por fixar em Lei essa mesma vontade com a intenção de torná-la clara, pública e, acima de tudo, *estável*. Nestes termos, esclarece Canotilho:

---

<sup>9</sup> SOUZA, José Soriano. Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional. Recife: Casa Editora. 1893. p.35.

<sup>10</sup> Ibidem. p. 36.

No constitucionalismo moderno, a constituição foi fundamentalmente concebida como ordenação sistemática e racional da comunidade através de documento escrito. Efeito racionalizador, efeito estabilizante, efeito de segurança jurídica e de calculabilidade, efeito de publicidade, são, em maior ou menor medida, os objectivos que se desejavam obter através da fixação do conteúdo constitucional num ou vários documentos escritos — constituição instrumental.<sup>11</sup>

Outro elemento a se considerar é que as constituições escritas têm, pela sua própria natureza, a vocação de perpetuidade, fixando acima dos poderes constituídos os princípios basilares do estado e os direitos fundamentais do cidadão, sendo essa estabilidade<sup>12</sup> uma das qualidades mais desejáveis nas constituições escritas. Sobre essas características, em seu tratado de Direito Constitucional, Dicey esclarece:

When a country is governed under a constitution which is intended either to be unchangeable or at any rate to be changeable only with special difficulty, the constitution, which is nothing else than the laws which are intended to have a character of permanence or immutability, is necessarily expressed in writing, or, to use English phraseology, is enacted as a statute. Where, on the other hand, every law can be legally changed with equal ease or with equal difficulty, there arises no absolute need for reducing the constitution to a written form, or even for looking upon a definite set of laws as specially making up the constitution.<sup>13</sup>

Há também de se observar que nas constituições escritas a forma de interpretação do texto legal e a atuação do estado-juiz frente à Lei é bastante diferente. Neste ponto se deve uma explicação mais detalhada para entender a mudança na postura do juiz e na forma de interpretação das leis em um estado formado por constituição escrita. Assim sendo, é de grande valia fazer uma analogia com o fenômeno da moderna Codificação, afinal, o espírito que animou as nações a caminho de uma legislação codificada é o mesmo que as levou para a formação das constituições escritas.

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Almedina. 1993. p. 66.

<sup>13</sup> DICEY. A.V. Lectures introductory to the study of the law of the constitution. 2ª Ed. London: Macmillan and Co. 1886. P.83. Numa tradução livre: “Quando um país é governado por uma constituição que se pretende ser imutável ou, pelo menos, mutável apenas com especial dificuldade, a constituição, que nada mais é do que as leis que se pretendem ter um carácter de permanência ou imutabilidade, é necessariamente expresso por escrito ou, para usar a fraseologia inglesa, é promulgado como um estatuto. Onde, por outro lado, toda lei pode ser legalmente alterada com igual facilidade ou com igual dificuldade, não surge nenhuma necessidade absoluta de reduzir a constituição a uma forma escrita, ou mesmo de considerar um conjunto definido de leis como constituindo especialmente o constituição.”.

No passado – nas nações em que o ordenamento jurídico não era *codificado* em um texto escrito – os juízes extraíam a regra do caso concreto segundo a conhecida fórmula *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fit*<sup>14</sup>. Com codificação a fórmula se inverte e o caso concreto deixa de ser a fonte e passa a ser o objeto ao qual o juiz aplica uma regra preexistente no ordenamento. O juiz, no passado (pré-codificação), com mais liberdade considerava os fatos, e contemplando uma tradição jurídica mais ou menos estabilizada *dizia o direito*<sup>15</sup>. Com a codificação esse cenário muda substancialmente, a lei escrita absorve toda ideia de justiça e se torna a instância autoritativa a partir da qual todo direito deriva e a partir de onde os juízes devem tirar o fundamento de suas decisões; a lei se torna, para todos os efeitos, *dogmática*. Sobre este fenômeno complexo, Lacambra faz interessantíssima analogia que vale a transcrição:

(...) la ciencia sistemática del derecho [produto da codificação] es creación de la escolástica medieval con la que se encuentra tan vinculada como la Teología. Pues ambas trabajan con una materia que les es dada por **una instancia autoritaria** como objeto de fe, pero que hay que desarrollar en un sistema y comprender intelectualmente. Para la ciencia jurídica, esa materia era el Derecho romano, como Derecho vigente del Imperio. Y por eso la ciencia jurídica dogmática es una ciencia: **pues la dogmática no aspira a una investigación libre y desinteresada** sino a ordenar y comprender una materia jurídica e teológica autoritariamente dada, y nadie puede trabajar dogmáticamente con un Derecho en cuya autoridad no cree<sup>16</sup>. (grifo nosso)

---

<sup>14</sup> Digesto Livro 50, Cap XVII, l. Paulus. "Regulae est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et (ut ait Sabinus) quae causae connectio est: quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum" que se pode traduzir como: "Regra é a proposição que elucida o objeto tal qual é, de modo breve. Não é da regra que promana o direito, senão com base no direito existente mas é do direito tal como é que se faz a regra. Por meio da regra, pois, se faz uma breve narração das coisas, e, como diz Sabino, é como uma réplica da causa, que, ao mesmo tempo que se torna viciada, perde a sua eficácia".

<sup>15</sup> Aqui cabe uma brevíssima dilação histórica para ressaltar a forma como a concepção de lei muda ao longo da história do Direito e as implicações disso para o uso e interpretação das leis. Maine esclarece que nos primórdios das civilizações não havia a concepção de um poder legiferante, nem mesmo a ideia distinta de um autor das leis. Assim como as leis da natureza eram explicadas pela agência de forças divinas (movimento do sol, chuva, germinação das sementes), assim também eram explicadas as leis morais. Quando o chefe de uma tribo decidia uma disputa, o seu julgamento era tido como o resultado da inspiração direta dos deuses, e não fruto do seu juízo pessoal no caso; o chefe era um *medium* por onde os deuses manifestavam sua justiça. Maine enfatiza que estas decisões não são Leis, mas apenas julgamentos. MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*. New York: Henry Holt and Company. 1888.

<sup>16</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Derecho y libertad*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952. P.39 e ss. Numa tradução livre: "A ciência sistemática do direito [produto da codificação] é a criação da escolástica medieval, com a qual está tão intimamente ligada como a Teologia. Pois bem, ambos trabalham com uma matéria que lhes é dada por um órgão autoritário como objeto de fé, mas que deve ser desenvolvida em sistema e compreendida intelectualmente. Para a ciência jurídica, esse assunto era o Direito Romano, como o atual Direito do Império. E é por isso que a ciência jurídica dogmática é uma ciência: porque a dogmática não aspira a uma investigação livre e desinteressada, mas a ordenar e compreender uma questão jurídica e teológica dada com autoridade, e ninguém pode trabalhar dogmaticamente com uma Lei em cuja autoridade não o faz acreditar".

Transladando o fenômeno dos códigos para a dimensão constitucional, similar efeito houve com a implementação das constituições escritas nos estados nacionais modernos. A constituição escrita, assim como os códigos modernos, torna-se a instância autoritativa de onde se origina toda legalidade e a quem todos devem perfeita obediência, de modo que, como explicado por Lacambra no trecho anteriormente transcrito, o jurista – e o juízes – devem se colocar numa posição de absoluta subordinação quando da interpretação e aplicação das normas constitucionais, e não na posição de “livre apreciação” do texto. Mais ainda, nas repúblicas modernas, sob o paradigma da soberania popular, e sendo a constituição a sua vontade manifesta, esta goza de plena autoridade, não tendo os juízes poder para sobrepor ou modificar suas intenções. Assim como os teólogos tratam reverencialmente as escrituras, tomando-as como fonte de verdade incontestada e donde devem extrair todo o sentido da existência universal, assim os juristas deveriam agir frente a lei e a constituição. Sobre efeitos mais profundos deste fenômeno para a jurisdição constitucional, trataremos mais adiante.

### 2.2.2 Constituição limitada

Quanto à natureza limitada da constituição, Hamilton define<sup>17</sup> como limitada a constituição que contém exceções à autoridade legislativa, diferenciando, portanto, os poderes limitados do novo Congresso Americano da autoridade ilimitada do Parlamento Inglês. Isso significa que o texto constitucional nos Estados Unidos passa a ser o paradigma para todo ato de governo, a autoridade máxima e intransponível para todos os poderes do estado. A Constituição torna-se soberana (*supreme law of the land*), pondo fim ao império do arbítrio e dando início ao Império da Lei<sup>18</sup>.

A soberania que os norte-americanos atribuem à constituição é um reflexo de uma nova concepção de estado, em que o povo é o soberano, se manifestando soberanamente

---

<sup>17</sup> “By a limited constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such for instance as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of the courts of justice; whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing”. Hamilton, A., Jay, J., Madison, J., Carey, G. and McClellan, J.,. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 403.

<sup>18</sup> Importa aqui frisar a importância da concepção de *Império da Lei (rule of law)* para o advento da revisão constitucional das leis “*constitutional review*. A ingerência de cortes judiciais na feitura das leis e cumprimento dos atos de governo é resultado direto da compreensão do Estado como sendo um Estado de Direito (*rule of law*), em ampla oposição ao Estado/Governo dos *Homens (rule of men)*. Somente a partir dessa mudança na concepção de estado é que se pode falar de um controle de legalidade das leis e atos do governo.

através do texto constitucional, como que a tradução em texto legal da sua vontade. Essa ideia de soberania popular vai, em seguida, se tornar quase mandatária para os estados nacionais vindouros, o Brasil incluído.

A supremacia da constituição é ponto central que precisamos tratar com mais atenção antes de tratarmos da jurisdição constitucional propriamente dita, já que o controle de constitucionalidade é um desdobramento lógico da supremacia da constituição.

Um estado tido como constitucional (*i.e.* um estado nacional formado por uma constituição escrita e limitada) deriva sua existência e legitimidade da constituição. Portanto, os poderes do estado são *absolutamente* subordinado à constituição, não podendo desviar um *iota* sem que incorram em ilegalidade. No conceito de supremacia da constituição estão implicadas três caracteres fundamentais: *i*) a constituição deve ser escrita; *ii*) a constituição deve ser inflexível ou “inexpansível”; *iii*) a constituição deve ser legalmente imutável, ou apenas mutável por meio de autoridade acima do legislador ordinário<sup>19</sup>.

Essa concepção de supremacia da constituição inaugurada pelos norte-americanos foi, ao menos inicialmente, revolucionária, marcando o total rompimento com a ideia de constituição que se tinha no velho continente<sup>20</sup>. Nesse sentido vale a transcrição do que escreveu Dicey, comparando o sentido de “lei fundamental” na antiga tradição inglesa com a lei suprema que é a Constituição de 1787:

(...) Under the English constitution no principle is recognized which bears any real resemblance to the doctrine that the constitution constitutes the “supreme law of the land”. In England we have laws which may be called fundamental or constitutional because they deal with important principles (as, for example, the descent of the Crown or the terms of union with Scotland) lying at the basis of our institutions, but with us there is no such thing as a supreme law, or law which tests the validity of other laws. There are indeed important statutes, such as the Act embodying the treaty of union with Scotland, with which it would be political madness to tamper gratuitously; there are utterly unimportant statutes, such for example as the Dentists' Act, 1878, which may be repealed or modified at the pleasure or caprice of Parliament; but neither the Act of Union with Scotland nor the Dentists' Act, 1878, has more claim than the other to be considered a supreme law. Each embodies the will of the sovereign legislative power;

---

<sup>19</sup> DICEY, Albert. Federal Government. The law quarterly review, vol 1, edited by Frederick Pollock. 1885. London: Stevens e Sons Limited, p. 83. Que no original diz: “In the supremacy of the constitution are involved three consequences: The constitution must be what is called a written constitution. The constitution must be what, for want of a better term, may be called an 'inflexible' or 'inexpansive' constitution. The law of the constitution must be either legally immutable, or else capable of being changed only by some authority above and beyond the ordinary legislative bodies, whether federal or state legislatures, existing under the constitution”.

each can be legally altered or repealed by Parliament, neither tests the validity of the other.<sup>21</sup>

Desta forma, sendo a constituição a lei suprema da nação, contra a qual nenhum poder pode se insurgir, surge o problema do controle de legalidade das leis e decisões do governo, afinal, o sentido de uma constituição limitada é, como dito anteriormente, a existência de exceções à autoridade legislativa e executiva. Como resposta a esta problemática, surge, nos Estados Unidos da América, o *judicial review*<sup>22</sup>.

O controle jurisdicional da constitucionalidade é considerado como uma das maiores contribuições do constitucionalismo norte-americano aos estados constitucionais modernos<sup>23</sup>. Ocorre que se lermos toda a Constituição de 1787 não encontraremos nela qualquer menção ao poder dos tribunais de declarar nulo atos contrários à Constituição. Interessante observar que o art. 6º, conhecido como clausula de supremacia (*supremacy clause*), que é o artigo

---

<sup>21</sup> DICEY, Albert Venn. Et al. Federal Government. London: Stevens Sons limited. 1885. p.83 (The law quarterly review). Numa tradução livre, diria: "(...) Sob a inglesa não é reconhecido nenhum princípio que tenha qualquer semelhança real com a doutrina de que a constituição é a "lei suprema do país". Na Inglaterra temos leis que podem ser chamadas de fundamentais ou constitucionais porque tratam de princípios importantes (como, por exemplo, a sucessão hereditária dos reis ou os termos da união com a Escócia) que estão na base das nossas instituições, mas conosco não existe uma lei suprema, ou uma lei que teste a validade de outras leis. Na verdade, existem estatutos importantes, como a Lei que incorpora o tratado de união com a Escócia, que seria uma loucura política adular gratuitamente; existem estatutos absolutamente sem importância, como, por exemplo, a Lei dos Dentistas, de 1878, que podem ser revogados ou modificado à vontade ou capricho do Parlamento, mas nem o Acto de União com a Escócia nem o Acto dos Dentistas de 1878 têm mais direito do que o outro a ser considerados uma lei suprema. Cada um incorpora a vontade do poder legislativo soberano; cada um pode ser legalmente alterado ou revogado pelo Parlamento, nenhum testa a validade do outro".

<sup>22</sup> Importa aqui frisar a colocação que faz Binjenbojm sobre a história da jurisdição constitucional nos EUA e seus antecedentes na era colonial e influências de teóricos ingleses, o que demonstra que controle de legalidade das leis não é uma criação tão originalmente norte-americana como se imagina: "o direito norte-americano recepcionou desde os tempos coloniais as teses desenvolvidas durante o século XVII, na Inglaterra, por Edward Coke, [...] segunda as quais os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *common law*. Transferindo o raciocínio para a realidade colonial, os juízes muitas vezes negavam aplicação a normas de direito local consideradas incompatíveis com as cartas outorgadas pela Coroa para uma das colônias. Assim [...] a doutrina da supremacia da *common law*, repudiada na Inglaterra depois de 1688, mas incorporada à tradição jurídica americana e somada à prática judicial experimentada antes da independência, ofereceu o terreno apropriado para o desenvolvimento da *judicial review*." BINENBOJ, Gustavo. A nova jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 26.

<sup>23</sup> Gustavo Binjenbojm, por outro lado, argumenta que a jurisdição constitucional não seria um fenômeno tão originalmente norte-americano como se pensa. Esclarece o professor carioca que o direito norte-americano teria recepcionado, desde os tempos da colônia, teses desenvolvidas pelo jurista inglês Edward Coke, ainda no século XVII. Coke já defendia que os juízes deveriam fazer um controle de legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, deixando de aplicar aquelas contrárias à *common law*. Conclui seu argumento dizendo que "transferindo o raciocínio para a realidade colonial, os juízes muitas vezes negavam aplicação a normas de direito local consideradas incompatíveis com as cartas outorgadas pela Coroa a cada uma das colônias. Assim, nas palavras de Clemerson Merlin Cleve, a doutrina da supremacia da *common law*, repudiada na Inglaterra depois de 1688, mas incorporada à tradição jurídica americana e somada à prática judicial experimentada antes da independência, ofereceu o terreno apropriado para o desenvolvimento da *judicial review*". BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar. p.26.

comumente invocado para defender a previsão constitucional do poder de *judicial review*, se lê apenas o seguinte:

Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos elaboradas de acordo com ela, bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a suprema lei do País; os juízes de todos os Estados ficam a ela sujeitos, não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na Constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis.<sup>24</sup>

Apesar da falta de previsão expressa, não faltou (ainda antes de *Marbury vs. Madison*) quem sustentasse os poderes implícitos que a constituição conferiria aos juízes de declara a inconstitucionalidade das leis. Alexander Hamilton é um dos mais notáveis exemplos, já que em 1788, com a sensibilidade que lhe era característica, antecipou a possibilidade de uma revisão judicial de legalidade das leis, além de responder aos críticos (já existentes à época) que afirmavam ser contrário ao princípio de separação e igualdade dos poderes o judiciário declarar a nulidade de uma lei inconstitucional. Neste sentido, vale a transcrição de parte do capítulo setenta e oito dos *Federalistas*, em que o jurista deixa claro os poderes de *judicial review* contidos (ainda que implicitamente) na novel constituição norte americana:

Surgiu alguma perplexidade a respeito do direito dos tribunais de declarar nulos os actos legislativos, por serem contrários à Constituição, resultando de imaginar que a doutrina implicaria uma superioridade do poder judicial em relação ao poder legislativo. Alega-se que a autoridade que pode declarar a nulidade dos actos de outra, tem necessariamente de ser superior àquela cujos actos podem ser declarados nulos. (...) Não existe nenhuma posição que dependa de princípios mais claros do que a que sustenta que *todos os actos de uma autoridade delegada, contrários ao teor da delegação sob a qual são exercidos, são nulos. Por conseguinte, nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido.* Negar isto seria afirmar: que o delegado é maior do que quem delega; que o servo está acima do seu senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens, agindo em virtude de poderes concedidos, podem fazer não só o que os poderes não autorizam, mas ainda o que eles proíbem. Se for dito que o corpo legislativo é o juiz constitucional dos seus próprios poderes e que a interpretação que deles faz é conclusiva para os outros departamentos, pode responder-se que esta não pode ser a presunção natural, nos casos em que não puder ser deduzida de quaisquer cláusulas específicas da Constituição. Pelo contrário, não se deve supor que a Constituição poderia ter a intenção

---

<sup>24</sup> No original, se lê: “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.”. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>>.

de capacitar os representantes do povo para substituírem pela sua vontade a vontade dos seus constituintes. (...) Uma Constituição é, de facto, e assim deve ser olhada pelos juízes, uma lei fundamental. Portanto, pertence-lhes averiguar o seu significado, bem como o significado de qualquer lei particular procedente do corpo legislativo. Se vier a dar-se o caso de existir uma divergência irreconciliável entre as duas, a que tem obrigatoriedade e validade superior deve, sem dúvida, ser preferida, ou, por outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao decreto, a intenção do povo à intenção dos seus agentes.<sup>25</sup> (grifo nosso)

No entanto, foram necessários vinte anos para que, no ano de 1803, o ministro da Suprema Corte dos EUA, John Marshall, proferisse a sua decisão no caso *Marbury vs. Madison*, pondo em prática pela primeira vez os poderes previstos por Hamilton de *judicial review*.

Assim, desde o início do século XIX, a tradição jurídica norte-americana chegou ao consenso que a revisão jurisdicional das leis tem por fim preservar a soberania constitucional, tendo o poder judiciário a incumbência de preservar o espírito da Constituição e protegê-la de toda ameaça legislativa, declarando como nulos (*null and void*) os atos praticados que estejam em desacordo com os mandamentos constitucionais.

Concluída essa brevíssima introdução ao contexto de criação e ao conceito de jurisdição constitucional, importa tratarmos deste fenômeno no Brasil.

### 2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A história constitucional brasileira é tão marcada por rupturas e transformações quanto a história política da própria nação. Encontrar um fio de continuidade que compreenda desde as Ordenações do Reino até Constituição de 1988, explicando de maneira ordenada os desdobramentos que nos trouxeram até o presente, é tarefa da qual nos desincumbimos em razão da amplitude e complexidade da matéria, que muito dilataria esta dissertação sem o proporcionado proveito para responder à pergunta que nos propomos inicialmente. Desta feita, temos a intenção de fazer uma análise da jurisdição constitucional no Brasil apenas durante os períodos em que vigorou o estado de direito, excetuando os estados de exceção, afinal, não há necessidade de controle da constitucionalidade das leis quando as leis não são soberanas.

---

<sup>25</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. Os federalistas.. Tradução de Viriato Soromenho-Marques. Lisboa: Calouste Gulbekian. 2ª Edição. p.690.

Antes de tratar do Brasil República, que já em sua constituição de 1891 previa o controle de constitucionalidade das leis, importa uma breve introdução histórica para delinear as rápidas mudanças de mentalidade que a Proclamação da República trouxe para o universo jurídico nacional.

A Constituição do Império de 1824 não previa qualquer forma de controle de constitucionalidade que se assemelhasse ao que já existia nos EUA, e ao que viria a existir na Constituição de 1891. As razões para isso são as mais diversas, mas é importante ressaltar a poderosa influência do pensamento político francês, que não reconhecia a legitimidade dos juízes para interpretar ou revogar leis feitas pelo congresso. Assim, a Constituição de 1824 atribui ao legislativo o poder exclusivo de fazer, interpretar e suspender as leis, além da incumbência de guardião da Constituição<sup>26</sup>. Pimenta Bueno, imbuído pelo espírito da época, atribui ao Legislativo a legitimidade exclusiva para apreciar e interpretar o sentido das leis, justificando essa posição pelo princípio da divisão e limites dos poderes políticos<sup>27</sup>. Em seu curso de Direito Público publicado em meados do século XIX, preleciona o insigne jurista:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurisconsulto, forma sua opinião a respeito da inteligência dela; mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório. Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Na Constituição de 1824, se lê: Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação. BRASIL, 1824.

<sup>27</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E. C. 1857. p. 69.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 69-70.

Esse excerto basta para traduzir o pensamento dominante da época, a soberania do parlamento, deixando claro os motivos de a Constituição do Império não trazer nenhuma previsão que permitisse a declaração de nulidade de uma lei tida como inconstitucional. Somada a essa mentalidade avessa ao controle de constitucionalidades pelos tribunais, some-se a existência da figura do Poder Moderador, representando pelo Imperador e incumbido pela Constituição de “velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos poderes políticos” (Art. 98). Esse cenário, que se manteve até a promulgação da Constituição de 1891, jamais possibilitou qualquer forma de controle judicial da constitucionalidade das leis.

A Proclamação da República, no entanto, foi um acontecimento de grande magnitude, provocando uma transformação radical na mentalidade jurídica nacional, tendo a constituição de 1891 refletido bem essa mudança. As lideranças políticas da época, se afastando da influência constitucionalista europeia e se aproximando do modelo norte americano, incorporaram no nosso regime jurídico princípios e instituições inteiramente novas, dentre elas o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário.

A Constituição de 1891, no seu Art. 59, § 1º, alíneas “a” e “b”, trouxe, pela primeiríssima vez, a possibilidade de um órgão judicial (nesse caso, o Supremo Tribunal Federal) rever as sentenças proferidas pelos tribunais estaduais quando se questionasse a validade de leis federais ou, e especialmente, da própria constituição federal. A Constituição de 1891, na sua redação original, determinava:

Art. 59.

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.<sup>29</sup>

Apesar da clareza do dispositivo, que reconhece o poder do STF de conhecer e julgar as ações que contestam a validade das leis frente à constituição, é interessante notar o comportamento cauteloso da suprema corte logo nos primeiros anos após a promulgação da nova constituição. Para fins de comparação com o Supremo Tribunal Federal de hoje, é de

---

<sup>29</sup> BRASIL. Constituição de 1891.

grande valia a análise do Habeas Corpus n. 3.527, de 1914, atentando a forma como um mesmo instituto pode ser interpretado de diferentes formas ao longo do tempo.

#### 2.4 O HABEAS CORPUS. nº 3.527/1914 E DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Em 1914, Hermes da Fonseca, alegando a existência de grave comoção intestina, decretou estado de sítio nos municípios do Rio de Janeiro, Niterói e Petrópolis<sup>30</sup>. Contra o decreto não faltaram críticas argumentando não haver naquelas regiões os elementos autorizadores previstos na Constituição. Rui Barbosa, em fervorosa reprimenda ao governo central, argumentou<sup>31</sup> não existir motivos que legitimem o sítio decretado, que a Constituição é clara quando enumera, taxa e precisa, que o Presidente da República pode decretar estado de sítio para acudir à nação quando de uma agressão estrangeira ou uma comoção intestina quando a segurança da República o exigir. Mas quando a segurança pública não periga e a pátria não corre perigo iminente, conclui o Jurista, não está autorizado o presidente da República decretar estado de sítio, sob pena de flagrante ilegalidade<sup>32</sup>.

Nessa toada, o Habeas Corpus n. 3.527/1914<sup>33</sup> (impetrado por José Eduardo de Macedo Soares e mais três pacientes) chegou ao STF questionando a legalidade da prisão em consequência do sítio, que ser argumentava inconstitucional por não ter sido decretado de acordo com os fatos e condições previstos no art. 80 da Constituição. O ministro relator, Amaro Cavalcanti, nos considerandos do seu voto, que foi vencedor, argumentou competir ao STF o exame dos atos do poder executivo quando arguidos de lesivos de direitos individuais pelos vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade, mas que este poder “*não chegaria ao ponto de julgar do mérito dos atos que envolvem a própria independência de cada um dos três poderes*”<sup>34</sup>. Argumentou que o Judiciário não poderia julgar os motivos ou razões pelas quais foram promulgados os referidos atos, ainda que lesivos. Por fim, o relator concluiu seu voto nos seguintes termos:

---

<sup>30</sup> Decreto n. 10.861, de 25 de abril de 1914. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-10861-25-abril-1914-511264-publicacaooriginal-1-pe.html>

<sup>31</sup> BARBOSA, Rui. Revista de Informação Legislativa. *Estado de Sítio*. Org. Leda Maria Cardoso Naud. [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182495/000347360\\_2.pdf?sequence=5](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182495/000347360_2.pdf?sequence=5).

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 3.527/1914. Ministro Relator: Amaro Cavalcanti. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365152/false>

<sup>34</sup> *Ibidem*. p.2

Considerando, conseqüentemente, que, em vista da própria Constituição ora invocada pelos pacientes em apoio da intervenção do Supremo Tribunal Federal, o que resulta não é o direito dessa intervenção, mas a exclusão manifesta do judiciário para julgar do caso sujeito; porquanto, se o tribunal interviesse, a conseqüência desse seu ato seria: a) arrogar-se ele uma atribuição que é privativamente conferida a outro poder, o Congresso Nacional; b) desconhecer a independência do poder executivo para decretar o estado de sítio, inquirindo e julgando dos motivos que teve esse poder para assim fazê-lo; c) anular virtualmente o próprio estado de sítio, fazendo cessar, pelo habeas corpus, a medida resultante dele, isto é, a detenção dos indivíduos, mesmo quando feita de acordo com a Constituição.<sup>35</sup>

A posição do Ministro Cavalcanti não foi unânime, Pedro Lessa abriu divergência, alegando que o reconhecimento da inconstitucionalidade do estado de sítio, quando não observados os elementos autorizadores previstos na constituição, não seria intromissão do poder Judiciário no Executivo, muito menos uma violação dos princípios de separação dos poderes. Sobre a inconstitucionalidade do decreto, escreveu o Ministro:

Votei concedendo a ordem impetrada. O decreto do poder executivo, que declarou em estado de sítio nesta capital, Nitheroy e Petropolis, é manifestamente inconstitucional, por ser público e notório, e verificado a todos os instantes, que não estamos em guerra com qualquer nação estrangeira, e que não há em qualquer ponto do paiz a mais leve comoção intestina, casos únicos em que a Constituição permite a medida extrema do sítio.<sup>36</sup>

Continua, o respeitado jurista, asseverando que não tem valor jurídico o argumento de que o STF não poderia julgar questões políticas, sendo vedado proferir uma decisão que anule uma resolução de natureza de política dos outros dois poderes<sup>37</sup>; e vai além, dizendo:

O facto de ser o estado de sítio, decretado pelo Presidente da República, sujeito à aprovação, ou suspensão pelo Congresso, não obsta, não pode obstar constitucionalmente a que o Supremo Tribunal Federal garanta os direitos individuais ofendidos pela decretação inconstitucional do estado de sítio. Ainda mesmo depois de aprovado o ato do executivo pelo legislativo, pode inquestionavelmente o Tribunal amparar com seus arestos a liberdade de locomoção e os outros direitos individuais, lesados pela decretação inconstitucional do sítio.

---

<sup>35</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 3.527/1914. Ministro Relator: Amaro Cavalcanti. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365152/false>

<sup>36</sup> LESSA, Pedro. Do poder Judiciário. São Paulo: Levi Carneiro. 1915, p. 360.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 361.

O Habeas Corpus 3.527/1914 é um caso paradigmático na história do Supremo Tribunal Federal e em especial no desenvolvimento da jurisdição constitucional. Pedro Lessa, em seu voto, não se limitou a divergir da decisão vencedora que entendeu faltar à corte competência para decidir sobre a constitucionalidade do decreto que declarou estado de sítio, pois em obra<sup>38</sup> publicada posteriormente o Ministro detalha as razões de sua divergência e busca entender o que levou seus colegas a decidirem da forma como decidiram, explicitando a *forma mentis* dos integrantes da corte no início do século passado no que diz respeito à função e alcance do Supremo enquanto órgão incumbido de julgar a constitucionalidade das leis e atos do governo.

Lessa argumenta<sup>39</sup> que uma das razões pelas quais os demais ministros votaram pela não concessão da ordem de Habeas Corpus aos pacientes foi pelo fato de entenderem ser “perigoso permitir que o Supremo Tribunal Federal anule os efeitos da decretação do sítio pelo executivo”, ou seja, não discutiram propriamente o mérito de inconstitucionalidade do ato, mas a *inconveniência política* de se declarar a sua inconstitucionalidade, caso houvesse. Assevera que uma espécie de acatamento por parte dos ministros os impediu de reconhecer a inconstitucionalidade flagrante do referido decreto, assim como um certo temor de contrariar à vontade dos demais poderes. Lessa sustentou sua posição com espedaço no caso Milligan, em que a Suprema Corte Americana, durante a Guerra Civil de 1861, concedeu Habeas Corpus à cidadãos americanos que foram julgados em tribunais militares em razão de Lei Marcial anteriormente decretada e que foi considerada inconstitucional por estarem ausentes os elementos autorizadores previstos na Constituição. Comparando a atuação destas duas cortes constitucionais, o Ministro assevera:

A faculdade máxima da Suprema Corte, que é a de declarar inconstitucionais e inaplicáveis as leis promulgadas com ofensa dos preceitos constitucionais, aplica-se às leis que suspendem o habeas-corpus e autorizam a criação de comissões militares. Não há nos Estados Unidos quem se insurja contra esse princípio. No país em que o executivo não abusa, em que as medidas violentas mencionadas só uma vez foram postas em prática em mais de um século, *não se concebe o receio, manifestado entre nós pelos que temem a ditadura judiciária, e se dão perfeitamente bem com a ditadura do executivo, de que o Supremo Tribunal Federal levemente, sem conhecimento dos factos, anule as providências tomadas pelo Presidente da República.*<sup>40</sup> (grifo nosso)

---

<sup>38</sup> LESSA, Pedro. Do poder Judiciário. São Paulo: Levi Carneiro. 1915.

<sup>39</sup> Ibidem. p.368

<sup>40</sup> Ibidem. p.385

Pedro Lessa defende que o HC n. 3.537 e o caso Milligam são análogos, que as circunstâncias fáticas e os argumentos levantados pelos pacientes são os mesmos, aqui e nos EUA, e afirma enfaticamente:

Quando se trata de um decreto do executivo, como é a presente hipótese, há algum motivo de ordem constitucional que obste a que o Supremo Tribunal Federal exerça essa função máxima? O facto de nesse decreto se declarar em estado de sítio uma parte do território nacional, ou todo este, impede que o Tribunal exercite a sua faculdade constitucional, que é também uma obrigação imposta pela lei fundamental, de julgar inconstitucional o ato do executivo, e garantir os direitos individuais ofendidos por esse ato? Absolutamente não. Na Constituição nenhuma norma se lê, que restrinja a competência do Tribunal nesta espécie. (...) Foi essa suspensão do habeas-corpus, autorizada pelo Congresso e decretada pelo executivo, que a Suprema Corte Federal anulou em seus efeitos relativos à liberdade individual, quando aplicada aos Estados pacíficos, posto que vizinhos dos conflagrados. Lá a Suprema Corte, em momento da mais grave comoção intestina que se pode imaginar, diante do estado de sítio, decretado pelos outros dois poderes, nulificou a medida nos Estados não conflagrados, por lhe parecer que, só onde havia luta, permitia a Constituição o uso desse remédio extremo. E nós, em meio a completa tranquilidade, quando nenhum sinal se observa da mais leve comoção intestina; quando afirmar que nesta Capital, ou na pacífica Niterói e na pacatíssima Petrópolis, se verifica uma grave comoção intestina, é tão grotesco absurdo, como pretender inculcar no espírito de alguém a ideia de que está ameaçado de morte por uma grave enfermidade um indivíduo que, são e lépido, alimentando-se perfeitamente bem, vemos a cada passo entregando-se às suas ocupações e divertimentos habituais; nós havemos de em tais condições negar a proteção legal à liberdade individual, pelo facto de termos diante dos nossos olhos um decreto de sítio do poder executivo, muito mais claramente inconstitucional do que o assim declarado pela Suprema Corte Federal norte-americana?<sup>41</sup>

Logo, conclui o ministro, que se é evidente a ilegalidade do decreto, e certo de que Corte detém autoridade para pronunciar a sua inconstitucionalidade, por que motivo não o fez? O jurista carioca responde que seus colegas entenderam ser a decretação de sítio uma questão “puramente política”<sup>42</sup>, além de ofender ao princípio de separação dos poderes. Lessa deixa claro que faltou aos ministros do STF entendimento suficiente do instituto do judicial review, além da coragem necessária para desafiar um presidente autoritário em uma república bastante jovem.

O caso do HC n. 3.527/1914 serve para ilustrar bem a conduta e a mentalidade dos ministros do STF no início do século. Observamos, através da cuidadosa análise do Min.

---

<sup>41</sup> Ibidem. p. 368

<sup>42</sup> Ibidem. p. 397

Lessa, a extrema cautela dos componentes da Corte daquela época para decidir sobre uma questão relativamente simples quando comparada com decisões proferidas por este tribunal nas últimas décadas. Mais adiante, quando oportunamente analisarmos as influências do Neoconstitucionalismo sobre o STF, voltaremos a este caso para fins de comparação.

Suprimida a Constituição de 1891, após a Revolução de 1930, foi e promulgada a Constituição de 1934, que trouxe importantes avanços no instituto de controle judicial de constitucionalidade, preservando as disposições da constituição de 1891 e inovando em três pontos de merecem destaque nesse esforço histórico que estamos traçando.

Até o advento da Constituição de 1934, as decisões do Supremo Tribunal Federal que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei não tinham efeito para além do caso em espécie, o que causava decisões contraditórias em diferentes casos país afora e provocava desnecessária sobrecarga no STF que era repetidamente provocado para se manifestar sobre casos análogos<sup>43</sup>. A constituição do novo século trouxe no seu art. 91, item IV, a possibilidade de suspensão da execução da lei declarada como inconstitucional pelo Senado garantindo eficácia *erga omnes* às decisões da Corte em matéria de controle de constitucionalidade. Esse dispositivo veio a sanar uma aberração jurídica criada, inicialmente, pela Constituição de 1891 que implementando o sistema de norte-americano de controle de constitucionalidade, mas sem assimilar o princípio do *stare decisis*. Binenojm, em sua obra sobre a jurisdição constitucional brasileira, tratando precisamente sobre essa mesma matéria, narra que no início do século:

A divergência de entendimentos entre juízes e mesmo, por vezes, entre tribunais, associada à inexistência de um sistema de vinculação aos precedentes, como o *stare decisis*, no direito anglo saxónico, sempre foi fonte geradora de incerteza e insegurança jurídicas. Por outro lado, o sistema não oferecia solução para o problema da multiplicidade de demandas idênticas, fundadas na mesma questão Constitucional. De fato, como a lei continuava formalmente em vigor, mesmo após haver sido declarada inconstitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não se evitava a proliferação de tantas ações quantos fossem os interessados naquela matéria.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Revista da Faculdade de Direito. Volume comemorativo do 20º aniversário da fundação da Sociedade Argentina de Direito Comparado.

<sup>44</sup> BINENOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar. p.124.

Mas, o art. 91, IV, da Constituição de 1934 buscou sanar essa perplexidade atribuindo ao Senado Federal a função de suspender, no todo ou em parte, a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 34 também inovou em seu art. 12, §2º, prevendo que, existindo a hipótese do inciso VI, antes da decretação de intervenção Federal nos Estados, deveria a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que tenha sido decretada e declarar a sua inconstitucionalidade (art. 12, §§ 1º e 2º). Chamada de Representação Interventiva, vemos aqui um ensaio de arguição em tese da inconstitucionalidade das leis, limitada, no entanto, às leis estaduais e arguida incidentalmente para decretação de intervenção federal. Por fim, a título de curiosidade, o art. 68 da Constituição criou uma curiosa exceção ao poder de controle da inconstitucionalidade vedando, explicitamente, ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas<sup>45</sup>.

Em 1946, a nova Constituição da República, restaurando a tradição do controle de constitucionalidade judicial que havia sido interrompido em 1937 com a Polaca, resgatou a possibilidade de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal dos recursos extraordinários (art. 101, III, a, b, c e d), e o poder do Procurador-Geral da República representar a inconstitucionalidade para fins de intervenção federal nos termos dos incisos VI e VII do art. 7º.

Em que pese a ampliação que se nota no sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, tanto na Constituição de 1934 como na 1946, é preciso salientar, como esclarece Agrícola Barbi, que o exame das leis arguidas como inconstitucionais em tese se restringia às leis emanadas dos Estados-membros, de modo que não havia ainda o controle abstrato de normas federais oriundas no Congresso Nacional<sup>46</sup>. É apenas em 1965, ainda na vigência da Constituição de 1946, que emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, vem a instituir o controle abstrato de constitucionalidade, acrescentando ao Art. 101 a alínea “k”, outorgando ao Procurador-Geral da República o direito de representar perante o STF lei ou ato, estadual ou *federal*, que julgasse incompatível com a Constituição. Agrícola Barbi faz notar a profunda modificação trazida ao nosso sistema constitucional pela referida emenda nº 16, que descolou o exame de constitucionalidade feito pelo STF da necessidade de

---

<sup>45</sup> POLETTI, Ronaldo. Constituições Brasileiras, V. III. Brasília: Senado Federal/ Secretaria Especial de Editoração e Publicações. p.38

<sup>46</sup> BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Revista da Faculdade de Direito. Volume comemorativo do 20º aniversário da fundação da Sociedade Argentina de Direito Comparado

intervenção federal nos estados, criando a possibilidade de análise direta e em abstrato (um processo objetivo) da constitucionalidade das leis. E complementa, o jurista mineiro, dizendo:

O dispositivo da Emenda Constitucional trouxe profunda modificação no sistema constitucional brasileiro, ao instituir o exame da constitucionalidade de leis federais, assim como estaduais, por iniciativa do Procurador-Geral da República, sem distinguir entre leis de direito público e de direito privado, *sem vincular o juízo constitucional a uma finalidade determinada*, como fazia o art. 8º, parágrafo único da Constituição, que se destinava a preparar ou evitar a intervenção o federal nos estados<sup>47</sup>. (grifo nosso)

A Constituição de 1967, além de outorgada, não trouxe inovações consideráveis ao sistema de controle de constitucionalidade das leis, razão pela qual seguiremos com a análise da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 marca um ponto de virada na história constitucional brasileira, pois representa a superação das décadas de um governo autoritário e centralizador, em favor de um novo modelo constitucional aberto, plural e democrático. Essa mudança se fez também sentir no controle judicial de constitucionalidade das leis pois, se no passado criticava-se o monopólio do Procurador-Geral da República nas ações de controle de constitucionalidade das leis, a Constituição de 1988 ampliou sobremaneira o rol dos legitimados, autorizando uma diversidade de órgão e entes a propor a ação direta de inconstitucionalidade (vide art. 103 da CF/88).

---

<sup>47</sup> BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Revista da Faculdade de Direito. Volume comemorativo do 20º aniversário da fundação da Sociedade Argentina de Direito Comparado. p. 58.

### 3 O NEOCONSTITUCIONALISMO<sup>48</sup>

#### 3.1 DESAFIOS NA DEFINIÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Seria causa de justificada confusão se continuássemos o nosso trabalho sem antes definir, da maneira mais precisa possível, o que se entende por Neoconstitucionalismo, e não é sem grande dificuldade que nos incumbimos de fazê-lo, pois trata-se de matéria complexa e controvertida. Carbonell, em obra paradigmática sobre o Neoconstitucionalismo, preferiu usar o termo no plural, chamando de Neoconstitucionalismos<sup>49</sup>, a fim de melhor adequar a palavra ao sentido polissêmico que ela carrega. No entanto, apesar da pluralidade de definições, o Neoconstitucionalismo apresenta unidade suficiente para que possamos nele enfeixar uma gama de estudiosos e atores políticos do constitucionalismo contemporâneo, e perceber as características comuns que compartilham, bem como os fins que buscam. No curso deste capítulo não temos a pretensão de criticar ou expor os defeitos do Neoconstitucionalismo, mas de fazer uma análise descritiva e leal do fenômeno, deixando para o último capítulo deste trabalho a reflexão crítica, que é parte central deste trabalho dissertativo.

#### 3.2. RAÍZES ETIMOLÓGICAS

O prefixo grego *neo* é utilizado para modificar o sentido de uma palavra, indicando novidade, atualização. O Neoconstitucionalismo seria, portanto, uma nova concepção de constitucionalismo, que atualizaria a tradicional e superada concepção clássica do termo. É preciso destacar que essa oposição não é total, de modo que algo do significado radical é preservado e algo é modificado. Precisemos, assim, o que os baluartes do Neoconstitucionalismo entendem por este termo, sua origem e propósito.

---

<sup>48</sup> Os termos *neoconstitucionalismo*, *novo direito constitucional* e *novo constitucionalismo* serão tratados como sinônimos e utilizados indiscriminadamente neste trabalho dissertativo.

<sup>49</sup> NEOCONSTITUCIONALISMO(S). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009, 4ª Ed, p.9. No prólogo da referida obra, Carbonell diz:

### 3.3 PÓS-POSITIVISMO COMO MARCO FILOSÓFICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O mundo experienciou profundas transformações nos períodos que sucederam as duas grandes guerras mundiais, e o constitucionalismo não foi exceção. Os regimes autoritários na Europa da primeira metade do século XX puseram à prova os modelos até então vigentes de estado e os conceitos que estes ostentavam de constituição, democracia e legalidade. O fato de certos regimes políticos criminosos terem conseguido agir dentro da fria e formal legalidade foi a mais cruenta prova da insuficiência dos mecanismos até então existentes de proteção dos direitos fundamentais, demonstrando a incapacidade e maleficência que uma concepção estritamente positivista do direito poderia produzir.

O positivismo jurídico, com seu pretense científico e promessa de um conhecimento certo e adstrito, exclusivamente, à realidade sensível, foi capaz de seduzir as lideranças das nações ocidentais por um certo período de tempo e dominar a mentalidade política-jurídica da época, formando códigos e constituições impregnados com suas concepções de norma e de Direito. Ademais o jusnaturalismo, rival histórico do positivismo jurídico, encontrava-se intelectualmente derrotado, incapaz de se opor à mentalidade positivista reinante. Foi só após o desastre político e humanitário da Segunda Grande Guerra que o monopólio positivista foi abalado, posto em xeque e alternativas buscadas. Surge assim o *pós-positivismo*.

Calsamiglia, no âmbito do Direito, define como positivista toda teoria que considera a tese da exclusiva fonte social do direito e a total independência entre direito e moral<sup>50</sup>. Enfatiza o professor espanhol que a marca distintiva do pós-positivismo é, em contraposição ao positivismo, a indeterminação do direito e sua dependência com os preceitos morais<sup>51</sup>. Desse modo, o purismo normativo defendido pelo círculo de Viena, ainda que meramente hipotético, é substituído por uma busca ativa de identificação entre o direito e a moral. Nesse mesmo diapasão, a autoridade formal e absoluta do legislador é relativizada, colocando-se o respeito aos princípios de moralidade como condição da legalidade. Continua, Calsamiglia,

---

<sup>50</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. p. 209. No trecho original se lê: “e podría afirmar que es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Creo que ésa es una posibilidad pero me parece que en el seno del positivismo esas tesis han sufrido modificaciones importantes. En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas.

<sup>51</sup> Ibidem. No original: “denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política.

esclarecendo que os casos difíceis (que não encontram resposta direta do texto normativo positivado) evidenciam a insuficiência da concepção positiva do direito e a necessidade de uma nova teoria que responda as necessidades da nova época. Nesse sentido, esclarece:

El postpositivismo pone la atención en la pregunta qué se debe hacer ante un caso difícil. La respuesta del positivismo era acudir a las convenciones pasadas y excepcionalmente acudir al legislador intersticial. Pero cuando el razonamiento judicial se efectúa fuera del dominio del derecho nos encontramos con la tierra incógnita. (Gerald Postema, 1996, p. 110). No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece. La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque cómo deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite.<sup>52</sup>

Devemos considerar que a mudança não foi apenas na mentalidade dos juristas, as constituições do pós-guerra foram muito diferentes das constituições que as antecederam. Ainda nos servindo do enfoque de Calsamiglia<sup>53</sup>, o estudioso enfatiza que as constituições do pós-guerra trazem em seu bojo conceitos muito abstratos, que exigem uma “leitura moral”, não sendo suficiente a simples subsunção da norma ao fato. Moller enfatiza<sup>54</sup> a vocação crítica do Neoconstitucionalismo, que enquanto uma proposta de Direito não pode ceder quando diante da violação de determinados padrões valorativos mínimos, pois deve funcionar

---

<sup>52</sup>Ibidem. P. 2012. Numa tradução livre: “O pós-positivismo centra-se na questão do que deve ser feito num caso difícil. A resposta do positivismo foi recorrer às convenções passadas e excepcionalmente recorrer ao legislador intersticial. Mas quando o raciocínio judicial é realizado fora do domínio do direito, encontramos-nos em terra incógnita. (Gerald Postema, 1996, p. 110). Ainda é curioso que quando mais precisamos de orientação, a teoria positivista se cale. A teoria positivista como teoria do direito é incompleta porque necessita de uma teoria da adjudicação que se concentre em como os tribunais devem raciocinar com os materiais oferecidos pelas fontes do direito e por outros materiais. Uma boa prova desta tese é a pouca atenção que o positivismo jurídico tem dado à interpretação, entendida como uma teoria que visa oferecer critérios para resolver casos difíceis. As razões que muitos positivistas tinham para permanecer calados eram consistentes com a sua posição emotivista, uma vez que os critérios para decidir em casos difíceis exigem compromissos avaliativos, e de acordo com a sua concepção de ciência não é possível prescrever porque o postulado da separação entre direito e a moralidade não permite”.

<sup>53</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo.

<sup>54</sup> MOLLER, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

como “núcleo de resistência social frente ao mero poder e como garantia da manutenção de determinados valores que não estão sujeitos a decisões políticas”<sup>55</sup>.

Apesar do clamor ético feito pelo Neoconstitucionalismo, Barroso<sup>56</sup> adverte que essa busca da moralidade não se pode confundir com os princípios de justiça universalmente válidos como propõe o jusnaturalismo clássico, pois, diferente deste, o pós-positivismo empreende uma leitura moral do Direito sem recorrer a “categorias metafísicas”<sup>57</sup>, mas sim à razão prática e à argumentação<sup>58</sup>. Desse caldeirão de ideias surge o neoconstitucionalismo, como contraproposta à antiga dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo.

### 3.4 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TEORIA E COMO IDEOLOGIA.

O neoconstitucionalismo é um fenômeno complexo cuja existência se manifesta em duas dimensões distintas, mas não separadas: uma teórica/especulativa e a outra ideológica/prática. A compreensão dessa dúplici existência é de grande valor para a apreensão mais profunda do neoconstitucionalismo, não apenas como um fenômeno jurídico, mas também político.

Paolo Comanducci, em artigo intitulado “Formas de neoconstitucionalismo: Uma análise metateórica”<sup>59</sup>, argumenta que o termo neoconstitucionalismo apreende duas acepções, uma como teoria do Direito (dimensão especulativa) e a outra como ideologia do Direito (dimensão prática).

Como teoria do Direito o neoconstitucionalismo aspira descrever as conquistas da constitucionalização no mundo ocidental pós-guerra, descrever as novas constituições no sentido forte (ou liberal), ou seja, a constitucionalização que, além de limitar o poder estatal, também garante os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos<sup>60</sup>. Comanducci sustenta

---

<sup>55</sup> MOLLER, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 25.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. P.6. (acessado em 07/01/2023)

<sup>57</sup> Ibidem. p. 6

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico in neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009, 4ª Ed, p.9.

<sup>60</sup> Essa diferenciação de constitucionalismo forte e fraco tiramos de Comanducci, que diz: “El constitucionalismo débil es la ideología que requiere una constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal”.

que o modelo de sistema jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo está caracterizado por uma constituição “invasora”, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença de princípios e regras, e por algumas peculiaridades de interpretação e aplicação da norma<sup>61</sup>. O objeto de estudo foi modificado, as constituições do pós-guerra não são as mesmas constituições dos séculos XVIII e XIX, logo, mudando o objeto, a ciência que estuda o objeto deve mudar também. As teorias constitucionalistas positivistas não suportam o estudo das constituições modernas substantivas. Nesse sentido, esclarece o estudioso italiano:

Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características de iuspositivismo teórico, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.<sup>62</sup>

Os teóricos do neoconstitucionalismo, ao longo do tempo, não se limitaram apenas a buscar entender e como trabalhar com as novas constituições, mas objetivaram encontrar meios de garantir a efetividade dos preceitos morais contidos nessas novas constituições, adquirindo – segundo a análise de Comanducci (que aqui nos filiamos) – uma dimensão ideológica. Essa transformação não é sem motivo.

Essa mutação do constitucionalismo em ideologia é facilmente compreendida quando se percebe a mudança substancial entre o constitucionalismo clássico, que busca apenas a limitação do poder do estado, e o constitucionalismo contemporâneo das nações democráticas, onde o estado não é mais o leviatã contra o qual o cidadão deve se proteger, mas o garantidor do bem-estar social (welfare state). Destarte, o constitucionalismo não poderia ter um papel passivo, devendo se tornar engajado na consecução dos nos objetivos contidos nas constituições. Daí explicar Comanducci que:

---

COMANDUCCI, Paolo. Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico in neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009, 4ª Ed, p.77.

<sup>61</sup> Ibidem: p. 83.

<sup>62</sup> Ibidem. p. 83. Traduzindo livremente: “Como teoria, o neoconstitucionalismo representa, portanto, uma alternativa à tradicional teoria positivista jurídica: as transformações sofridas pelo objeto de pesquisa fazem com que ele não mais reflita a situação real dos sistemas jurídicos contemporâneos. Em particular, o estatismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo, três das características do positivismo jurídico teórico, três das características marcantes do positivismo jurídico teórico com uma matriz do século XIX, não parecem sustentáveis hoje”.

(...) el neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales – podríamos en este sentido hablar de *neoconstitucionalismo de los contrapoderes* –, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la *concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución*<sup>63</sup>. (grifo nosso)

A diferença radical entre a proposta neoconstitucionalista ideológica do direito e a proposta positivista kelseniana (dominante até a primeira metade do último século), demonstra o abismo que separa essas duas correntes e auxilia no melhor entendimento do fenômeno pelos contrastes que essas duas correntes apresentam. Por esse motivo importa realçar algumas características essenciais do positivismo que o neoconstitucionalismo pretende demolir.

De início é importante destacar que Kelsen defende que o Direito, se tem a pretensão de se tornar uma verdadeira ciência, deve se conservar livre de elementos que sejam estranhos ao método específico de uma ciência, cujo único propósito deve ser a cognição do seu objeto, nesse caso, a norma. Assim, o Direito deveria apenas descrever o seu objeto, as normas, e não prescrever como ele deveria ser de um ponto de vista específico. O que o direito deveria ser, continua o jurista austríaco, é um problema *político*, e, como tal, “diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade”<sup>64</sup>. Mas não é a qualquer realidade que o cientista do direito deve se voltar, Kelsen restringe ainda mais seu escopo de análise afirmando que a realidade a qual o direito se volta não é a realidade da natureza, mas sim a realidade normativa, o *dever ser* dos homens<sup>65</sup>, não em um sentido ideal (que seria objeto da política), mas real, da norma positivada. Kelsen reitera que o monismo de sua teoria é o que dá a ela a cientificidade necessária, afastando-a de toda ideologia:

---

<sup>63</sup> Ibidem. p. 87. “O neoconstitucionalismo ideológico não se limita, portanto, a descrever as conquistas do processo de constitucionalização, mas sim valorizá-las positivamente e defender a sua defesa e expansão. Em particular, destaca a importância dos mecanismos institucionais para a proteção dos direitos fundamentais – neste sentido poderíamos falar de neoconstitucionalismo de contrapoderes – mas destaca ainda mais a exigência de que as atividades do poder legislativo e do poder judicial sejam diretamente dirigidas ao realização, cumprimento e garantia dos direitos fundamentais previstos na constituição”.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes. 5ª Ed. Trad. Luís Carlos Borges. p.28.

<sup>65</sup> Ibidem.

Boa parte da jurisprudência tradicional é caracterizada por uma tendência para confundir a teoria do direito positivo com ideologias políticas disfarçadas ou de especulação metafísica sobre a justiça ou de doutrina jusnaturalista. Ela confunde a questão da essência do direito – isto é a questão do que o direito realmente é – com a questão do que ele deveria ser. Ela atende mais ou menos a identificar direito e justiça. Por outro lado, algumas teorias de jurisprudência mostram uma tendência para ignorar a Fronteira que separa a teoria das normas jurídicas que regulam a conduta humana de uma ciência que explica em termos causais a conduta humana efetiva uma tendência que resulta do fato de se confundir a questão de como os homens devem se conduzir juridicamente com a questão de como os homens se conduzem de fato e de como provavelmente se conduziram no futuro<sup>66</sup>.

Nota-se, através das breves linhas acima expostas, a diferença de mentalidade que separa o positivismo jurídico das novas teorias do neoconstitucionalismo. Desse modo, podemos agora entender que essa mudança de mentalidade se espalhou do campo filosófico para o jurídico e também político. Os defensores do neoconstitucionalismo sustentam que com a queda do estado constitucional formal-legalista do século XIX, também cai por terra o modelo jus-positivista que o dava guarida. Com o advento de uma nova forma estado constitucional (forte, substancial), mudando-se o objeto, muda-se também o método de análise, surgindo o neoconstitucionalismo como nova proposta teórica. Essa mudança do cenário político-institucional não mudou apenas a concepção geral que se tinha do direito e da constituição, também foi operada uma mudança na concepção de democracia, mudança de grande impacto para o novo constitucionalismo e com impactos profundos no exercício da jurisdição constitucional. Ocupemo-nos agora essa mudança de concepção da ideia de democracia provocada pelo neoconstitucionalismo.

### 3.5 A DEMOCRACIA E O NEOCONSTITUCIONALISMO

O novo constitucionalismo, com sua pretensão de reconciliar o direito com a moral, não deixou escapar à democracia sua onda renovadora de conceitos. A democracia não poderia continuar a ser definida pelo critério estritamente formal do *governo da maioria* (critério quantitativo), deveria, sim, adquirir uma dimensão *substancial*, qualitativa. Os efeitos dessa mudança da conceituação de democracia são tremendos, com impacto em todas as dimensões do direito, especialmente na jurisdição constitucional. Analisemos mais

---

<sup>66</sup> Ibidem.

detalhadamente essa virada de significado no conceito de democracia e suas implicações no controle de constitucionalidade das leis e expansão da jurisdição constitucional.

Etimologicamente a palavra democracia, segundo suas raízes gregas, significa o poder do povo (*demos, kratos*). É tradicionalmente concebida como sendo uma forma de governo “do povo pelo povo” e surge aproximadamente no século VI A.C.<sup>67</sup>. No entanto, não há nada de simples nessa definição, afinal, poderia de pronto se questionar o que se entende por *povo* ou *poder*. Goyard-Fabre sustenta que nessa tentativa de simples definição de democracia já encontramos uma série de problemas, pois esses dois termos (povo e poder) estão envoltos em uma penumbra de modo que, por vezes, é preferível analisar as ideias que palavras<sup>68</sup>. Sigamos, portanto, o conselho da emérita professora da Universidade de Caen Normandia.

A ideia de democracia surge na Grécia antiga, onde a assembleia do povo, chamada de Eclésia, dispunha de todo poder, de modo que cada cidadão participava diretamente da vida política. Deve-se salientar que nem todas as pessoas tinham o status de cidadão, pois mulheres, escravos e estrangeiros não o eram. Já na Grécia antiga nota-se um elemento essencial à democracia: a supremacia do número. Esse governo da quantidade – duramente criticado na modernidade, como veremos em breve – enfatizava a igualdade entre os homens e a soberania da maioria. Tal característica é evidenciada quando em Aristóteles se lê que:

(...)tal espécie de democracia confirma a igualdade: nem a classe dos ricos nem a dos pobres é superior uma à outra, nem qualquer delas têm o domínio sobre a outra, mas ambas são semelhantes. Nesse sentido, se a liberdade é condição preponderante na democracia tal como é a igualdade, então estes dois princípios serão mais poderosos quando todos os cidadãos, sem exceção, se encontrarem congregados na vida da cidade, na maior medida possível. Como de facto é o povo que forma a grande massa dos cidadãos, e dado que *decisão da maioria é suprema*, o que acabámos de expor identifica-se necessariamente com uma democracia<sup>69</sup>. (grifo nosso)

A forma de governo democrático na Grécia antiga, no entanto, durou pouco tempo e já mostrava sinais de desgaste. “Plantão, depois Aristóteles, criticaram-na [a democracia] severamente, denunciando a cegueira do povo no tocante aos assuntos públicos e a tendência anárquica de um regime em que, como todos têm a pretensão de comandar, ninguém obedece”<sup>70</sup>. Em que pese o seu fracasso inicial, ao longo da história a democracia foi testada

<sup>67</sup> GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? São Paulo: Martins Fontes. 2003. passim.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> ARISTÓTELES. Política. Vega. Tradução: António Campelo Amaral. São Paulo: Ediouro. 1998. p.289

<sup>70</sup> GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 11.

de diversas formas, sempre mantendo o seu sinal distintivo: a presença dos governados no exercício do poder através do número.

Apesar da existência de características comuns que tradicionalmente se atribuem à democracia (igualdade, liberdade etc.), Goyard-Fabre adverte que seria um erro grosseiro de análise acreditar que a democracia, enquanto princípio constitucional de um regime político, tenha uma essência imutável e eterna que seria encontrada em todos os modos democráticos de governo<sup>71</sup>. Desse modo, não buscando fazer aqui uma história completa do desenvolvimento da ideia de democracia, tampouco esgotar toda a sua conceituação, nos ateremos à duas concepções concorrentes do termo que hoje disputam o cenário político e científico: a democracia formal e a democracia substancial<sup>72</sup>

### 3.5.1 A Democracia Formal

A concepção formal de democracia se caracteriza pela ênfase no aspecto puramente quantitativo, na participação majoritária dos cidadãos nas decisões do governo. Rousseau, que se alinha com os teóricos que classificam mais formalmente a democracia, sustenta que a natureza de um governo se classifica por quem exerce a soberania<sup>73</sup>. Na classificação do filósofo Suíço, se a soberania de um estado é título exclusivo de uma só pessoa, teríamos uma monarquia; se a soberania pertence a um grupo restrito, inferior à metade da população total, seria uma aristocracia; já se a soberania de um governo está distribuída em mais da metade da população, temos uma democracia<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia? São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 18.

<sup>72</sup> Aqui preferimos categorizar as concepções de democracia em formal e substancial ao invés da mais usual divisão em democracia liberal e social. Assim o fizemos por entender que a classificação das democracias como liberal ou social, além de menos adequada ao objeto, traz em seu bojo um vestígio político-ideológico que buscamos evitar. A divisão entre formal e substancial se mostra mais ampla, capaz de categorizar as democracias mais perfeitamente, evitando certos reducionismos que podem ser confundidos como tendo sub-reptícia intenção político-ideológico.

<sup>73</sup> Aqui cabe uma pequena digressão sobre a *soberania* em razão de sua definição estar diretamente ligada a concepção de democracia. Bodin, que, se não cunhou, tornou o termo popular, definiu soberania como “o poder absoluto e perpétuo de uma república” (Bodin, Jean. Os seis livros da República. Livro Primeiro. São Paulo: Ícone. Tradução: José Carlos Orsi Morel. 2011. p.195). Bodin vai defender que soberano é aquele a quem compete fazer as leis; e quando o povo toma de forma predominante essa função, o governo é democrático (ibidem). Rousseau, em certa medida, se filia a Bodin, atribuindo a soberania o poder de fazer, única e exclusivamente, as leis. Mais modernamente, a soberania poder ser definida, lato senso, como o poder de mando em última instância numa sociedade política (BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: UNB. 11ª Ed. 1983 p.1179).

<sup>74</sup> No *Constrato Social*, escreve: “O soberano pode, em primeiro lugar, pôr o governo nas mãos de todo o povo ou da maior parte do povo, de sorte que haja mais cidadãos magistrados do que simples cidadãos. Dá-se a essa forma de governo o nome de democracia. Ou pode restringir o governo a um pequeno número, de sorte que haja mais simples cidadãos do que magistrados. Essa forma tem o nome de aristocracia. Enfim, ele pode concentrar

Desde a antiguidade, passando pela Revolução Francesa e formação dos estados nacionais modernos, a democracia se tornou sinônimo de governo da maioria. Schumpeter, modernamente, sintetiza que a democracia é o arranjo institucional de estado onde o próprio povo, através de eleições entre iguais, decidem o seu destino próprio destino<sup>75</sup>. Muito tempo antes, ainda no século XVI, encontramos ideia parecida em Althusius, que defendia que era democrático o governo em que o povo fosse soberano, ou seja, que possuísse o direito de majestade (*jus majestatis*)<sup>76</sup>.

Vê-se, dessa forma, que a concepção formal de democracia foi predominante ao longo da história, podendo ser citados – além dos já mencionados pensadores (Rousseau, Schumpeter e Althusius) – Jean Bodin, Charles Loyseau, Cardin Le Bret, Joseph de Meistre, Hobbes, Locke etc.<sup>77</sup>. Apesar vários teóricos terem definido a democracia formalmente, foi somente no século XX, com a concepção positivista do direito de Hans Kelsen, que esse formalismo atingiu seu grau máximo, despidendo da ideia de democracia de qualquer resquício qualitativo ou substancial.

O professor de Viena sustenta que a teoria política clássica, com suas três formas de estado<sup>78</sup> (monarquia, aristocracia e democracia) era insuficiente, e defendia que na realidade só há duas formas de organização política, a democrática e a autocrática; e um único critério de classificação, que seria o grau de participação dos sujeitos na criação da ordem jurídica<sup>79</sup>. Kelsen, que identifica o estado com a ordem jurídica, propõe que o critério de classificação de um estado decorre da forma como são produzidas as leis, assim a classificação da forma de um governo seria, na realidade, a classificação da forma de construção das leis. Nesse sentido, um estado seria democrático se houve participação ampla da população no processo legiferante. Caso a participação fosse de um número relativamente pequeno, o estado seria

---

todo o governo nas mãos de um só magistrado, das quais todos os outros recebam seu poder. Esta terceira forma é a mais comum, e se chama monarquia ou governo régio. Cumpre notar que todas essas formas, ou pelo menos as duas primeiras, podem se apresentar em maior ou menor grau, e aliás, numa latitude bem grande. Porque a democracia pode abraçar todo o povo ou se restringir até a metade. A aristocracia, por sua vez, pode se restringir da metade do povo ao menor número, indeterminadamente (...)”. ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Companhia das Letras. Trad. Eduardo Brandão. p. 91.

<sup>75</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Ed. Mundo de Cultura. Tradução: George Allen. p. 300.

<sup>76</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Democracia*. p. 127.

<sup>77</sup> Vide BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB. 11ª Ed. 1983 p.1179 e passim.

<sup>78</sup> O critério de classificação a que Kelsen faz referência é o critério que separa as três formas clássicas de governo de acordo com a quem pertença o poder soberano. Se o poder soberano pertence a um indivíduo, teríamos uma monarquia; quando pertence a um número relativamente pequeno de indivíduos, seria uma aristocracia; já quando existe a participação que um grande número de indivíduos, seria classificado como democracia.

<sup>79</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 5ª Ed. Trad. Luís Carlos Borges. p.406.

classificado como aristocrático. Essa divisão entre democracia e autocracia, sublinha Kelsen, é apenas ideal, pois na realidade nenhum estado existe como puramente aristocrático ou democrático, mas sim apresentando um misto de elementos dos dois polos, podendo um deles prevalecer sobre o outro. Assim, um estado é chamado democrático quando prevalece a maior participação do povo nas decisões política, ou aristocrático quando prevalece um número mais restrito de pessoas<sup>80</sup>. Kelsen conclui sua exposição dizendo, de modo enfático, que há democracia quando a vontade da maioria se faz representar na ordem jurídica do estado: “Democracia significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica às vontades dos sujeitos”<sup>81</sup>.

Além do elemento majoritário, que é para Kelsen essencial, existe a questão da liberdade, que se articula intimamente com a democracia. Kelsen esclarece que a ideia de liberdade em um estado democrático difere do seu sentido original, puramente negativo – que seria a ausência de qualquer autoridade obrigatória. A vida em sociedade, explica, significa ordem, sendo o Estado uma ordem social através da qual indivíduos são obrigados a viver de uma forma determinada. Desse modo, a liberdade no seu sentido original existiria apenas numa anarquia, ou seja, na total ausência de ordem, ou no isolamento do indivíduo. Assim sendo, nas sociedades modernas, a liberdade natural (negativa/anárquica) é substituída pela liberdade política, que se traduz na “autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social”<sup>82</sup>.

A autodeterminação do indivíduo, não obstante, não pode ser irrestrita, caso contrário voltaríamos ao estado de anarquia, devendo assim ser limitada. Sobre essa restrição da liberdade, Kelsen esclarece:

O grau máximo possível de Liberdade individual, e isso quer dizer a aproximação máxima possível do ideal de autodeterminação compatível com a existência de uma ordem social, é garantido pelo princípio de que uma modificação da ordem social requer o consentimento da maioria simples dos sujeitos desta. Segundo esse princípio, dentre os sujeitos da ordem social, o número dos que aprovam será sempre maior que o número dos que a desaprovam - inteiramente ou em parte -, mas que permanecem obrigados pela ordem. No momento em que o número dos que desaprovam a ordem, ou dos que desaprovam uma das suas normas, se torna maior que o número dos que aprovam, é possível uma mudança por meio da qual seja reestabelecida uma situação na qual a ordem esteja em concordância com um número dos sujeitos maior que o número de sujeitos com quem está em discordância. A ideia subjacente ao princípio de maioria é a de que a ordem social deve estar

---

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 408.

em concordância com o maior número possível de sujeitos em discordância com o menor número possível de sujeitos. Como liberdade política significa acordo entre a vontade individual e a coletiva expressada na ordem social, *é o princípio de maioria que assegura o grau mais alto de Liberdade política possível dentro da sociedade*. Se uma ordem não pudesse ser modificada pela vontade de uma maioria simples dos sujeitos, mas apenas pela vontade de todos, ou pela vontade de uma maioria qualificada, então o único indivíduo, ou uma minoria de indivíduos, poderia impedir uma modificação na ordem. E então a ordem poderia estar em discordância com um número de sujeitos que seria maior que o número daqueles cuja vontade está em concordância. A transformação do princípio de autodeterminação no da regra de maioria é um importante estágio adicional na metamorfose da ideia de liberdade<sup>83</sup>. (grifo nosso)

Ainda sobre a igualdade, o mestre da Teoria Pura do Direito esclarece que ela se restringe à simples possibilidade de todos os cidadãos participarem do processo de escolha das decisões políticas, e conclui dizendo que “o princípio de maioria, e, portanto, a ideia de democracia, é uma síntese das ideias de liberdade e igualdade”<sup>84</sup>.

A definição formal de democracia, aqui representada nas palavras de Kelsen, considera exclusivamente o aspecto quantitativo da democracia, enquanto um governo da maioria, um método de criação da ordem social. Essa concepção, muito popular até a segunda metade do século passado, foi duramente criticada, ainda em seu tempo. Costamagna, lançando luz sobre esse aspecto majoritário e formal da democracia liberal do século passado, diz que, na modernidade, a “monarquia absoluta” foi substituída pela “democracia absoluta”<sup>85</sup>; figura de linguagem muito rica para expressar o que sentiam os críticos dessa concepção formal de democracia onde o número reina sobre a qualidade.

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou um ponto de virada na história das ideias políticas com a superação do formalismo positivista e sua concepção de democracia, dando lugar a uma forma de democracia que é comprometida com valores éticos e relativiza a concepção de soberania popular.

---

<sup>83</sup> Ibidem. p.410.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup>. In verbis: “Le rivoluzioni liberali del secolo X IX avevano aperta la via a una attuazione dell’ideale democratico, per la quale questo venne ad assumere un carattere senza precedenti nella storia dei Popoli di civiltà europea. Alla monarchia assoluta si volle contrapporre la democrazia assoluta”. COSTAMAGNA, Carlos. Dottrina del Fascismo. Torino: Unione tipografico-editrice torinese. 1938.p. 306

### 3.5.2 A democracia substancial

A concepção de uma democracia substancial não é criação do neoconstitucionalismo. Ainda no início do século XX, Lênin, polemizando com a democracia no seu sentido formal, a caracterizava de “ditadura da burguesia”<sup>86</sup>; um artifício para iludir as massas e manter a classe trabalhadora subjugada em um ciclo de exploração e alienação. A verdadeira democracia, que se propunha em substituição à democracia liberal-burguesa (formal), operaria uma “transformação da quantidade em qualidade”<sup>87</sup>, onde o governo *para o povo* não seria, necessariamente, promovido pelo próprio povo – haja vista sua condição de alienação – mas promovido por aqueles capazes de governar em seu nome, garantido o bem comum. Assim, sob os auspícios de uma liderança intelectual comprometida com os valores de justiça, se instaurará “pela primeira vez uma democracia pra o povo”<sup>88</sup>, superando as simples formalidades eleitorais implicadas na antiga e falseada concepção de democracia.

Em estudo sobre a concepção soviética de democracia, Timasheff conclui que é o conteúdo das decisões políticas que passa a determinar a natureza de um governo, e não mais

---

<sup>86</sup> No original: “The bourgeoisie are compelled to be hypocritical and to describe as “popular government”, democracy in general, or pure democracy, the (*bourgeois*) democratic republic which is, in practice, the dictatorship of the bourgeoisie, the dictatorship of the exploiters over the working people (LÊNIN, Vladimir. Democracy and Dictatorship. 1918. Disponível em <<https://www.marxists.org/archive/lenin/works/1918/dec/23.htm>>). Em outra obra, se lê: “A sociedade capitalista, considerada em suas mais favoráveis condições de desenvolvimento, oferece-nos uma democracia mais ou menos completa na república democrática. Mas essa democracia é sempre comprimida no quadro estreito da exploração capitalista e, por isso, sempre permanecerá, no fundo, a democracia de uma minoria, apenas para as classes possuidoras, apenas para os ricos. A liberdade na sociedade capitalista continua sempre a ser, mais ou menos, o que foi nas repúblicas da Grécia antiga: uma liberdade de senhores de escravos. Os escravos assalariados de hoje, em consequência da exploração capitalista, vivem de tal maneira acobardados pelas necessidades e pela miséria que nem tempo têm para se ocupar de “democracia” ou de “política”; no curso normal e pacífico das coisas, a maioria da população encontra-se afastada da vida sociopolítica.” (LÊNIN, Vladimir. O Estado e a Revolução. São Paulo: Boitempo. 2017. p. 113). Nessas passagens se nota que, na concepção do autor, a participação formal dos cidadãos no processo político eleitoral não bastaria para garantir a democracia no sentido verdadeiro que se espera, pois as pessoas comuns (classe trabalhadora) – ainda que possam votar e ser votadas – não teriam a consciência necessária para tomar decisões políticas apropriadas para modificar o sistema vigente; sua condição de alienação as impediria de utilizar com propriedade as poderes que a democracia outorga.

<sup>87</sup> A passagem, na integralidade, se lê: “Desse modo, a Comuna substitui aparentemente a máquina de Estado quebrada “apenas” por uma democracia mais completa: a extinção do exército permanente, plenas elegibilidade e revogabilidade de todos os funcionários públicos. Mas, na realidade, este “apenas” significa a substituição gigantesca de algumas instituições por instituições de tipo fundamentalmente diferente. Aqui se observa exatamente um dos casos de *transformação da quantidade em qualidade*: a democracia, realizada de modo tão completo e consequente quanto é concebível, converte-se de democracia burguesa em proletária, de Estado (= força especial para a repressão de determinada classe) em uma coisa que já não é, para falar propriamente, Estado.” (grifo nosso). LÊNIN, Vladimir. O Estado e a Revolução. São Paulo: Boitempo. 2017. p. 67.

<sup>88</sup> LÊNIN, Vladimir. O Estado e a Revolução. São Paulo: Boitempo. 2017. p.117.

o procedimento pelo qual essas decisões são feitas<sup>89</sup>. A mudança é radical e súbita, com implicações profundas no campo do direito e da política. O neoconstitucionalismo, com algumas reelaborações teóricas e abrandamento da linguagem, segue essa mesma esteira de pensamento, propondo uma democracia engajada com a preservação de valores e direitos específicos.

Ferrajoli, enquanto baluarte do neoconstitucionalismo, pontifica que nos estados democráticos modernos – ou Estados Constitucionais de Direito, como ele prefere dizer – o princípio democrático como critério de legalidade é relativizado, pois é o conteúdo da produção legislativa, não tanto a forma, que dará à norma sua validade: “*Veritas, non auctoritas facit legem*”<sup>90</sup>. A fórmula romana, continua o professor italiano, é ressuscitada pelos novos constitucionalistas para protestar contra o absolutismo hobbesiano que afirma ser, não outra coisa, se não a Autoridade a criadora das leis<sup>91</sup>. Esse “absolutismo” da vontade da autoridade como a força criadora das leis é herdado pelos estados modernos na forma do absolutismo do parlamento ou congresso; repetindo o que disse Costamagna: A monarquia absoluta foi substituída pela democracia absoluta<sup>92</sup>.

A soberania da vontade popular, que marcou o início da modernidade e a formação dos estados liberais, era manifestada através de seus representantes legislativos de forma tão absoluta que, em uma das reuniões da Convenção Nacional da França revolucionária, se colocou em votação se Deus existiria ou não. No entanto, as experiências negativas dos

---

<sup>89</sup> TIMASHEFF, Nicholas Sergeyevitch. The Soviet Concept of Democracy, Review of Politics, XII (1950), pp. 506. No original, em passagem deveras esclarecedoras, se lê: “In summary, one may say: the process of preparing and making decisions as carried out in the Soviet Union and in its satellites has nothing in common with the formula of democracy as conceived in the West. The term, democracy, when applied to Soviet institutions can refer only to the content of the decisions, not to the process of making them. The Soviet conception of democracy is therefore social, not political.”

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In NEOCONSTITUCIONALISMO(S). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009, 4ª Ed. p. 15.

<sup>91</sup>No original: “Is not Wisdom, but Authority that makes a Law”. HOBBS, Thomas. A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England. Chicago: The University of Chicago Press. 1997. p.55. Cito a passagem completa, que é bastante esclarecedora: “This does not clear the place, as being partly obscure, and partly untrue. That the reason which is the life of the law, should be not natural, but artificial, I cannot conceive. I understand well enough, that the knowledge of the law is gotten by much study, as all other sciences are, which when they are studied and obtained, it is still done by natural, and not by artificial reason. I grant you, that the knowledge of the law is an art; but not that any art of one man, or of many, how wise soever they be, or the work of one or more artificers, how perfect soever it be, is law. *It is not wisdom, but authority that makes a law.* Obscure also are the words legal reason. There is no reason in earthly creatures, but human reason. But I suppose that he means, that the reason of a judge, or of all the judges together without the King, is that summa ratio, and the very law: which I deny, because none can make a law but he that hath the legislative power. That the law hath been fined by grave and learned men, meaning the professors of the law, is manifestly untrue; for all the laws of England have been made by the kings of England, consulting with the nobility and commons in parliament, of which not one of twenty was a learned lawyer” (grifo nosso).

<sup>92</sup> Vide nota 82.

“excessos democráticos”, tanto da Revolução Francesa como das duas guerras mundiais e os regimes autoritários que marcaram o cenário europeu na primeira metade do século XX, forçaram uma mudança de paradigma sobre os limites da soberania popular e o significado de democracia. A História mostrou que a simples vontade da maioria e o respeito às formalidades do processo legislativo permitiram a ascensão de regimes autoritários e aberrações como a implementação dos campos de concentração de Kolyma e Auschwitz, além da perseguição e extermínio de grupos políticos e étnicos.

O pós-guerra forçou a remodelação das estruturas políticas e jurídicas dos estados, e o neoconstitucionalismo se insere nessa onda renovadora com a proposta de uma democracia substantiva, ou seja, uma definição de democracia que implica na existência de direitos fundamentais que não estão sujeitos à vontade legislativa, pois, como argumenta Barroso, são direitos que não podem estar sujeitos a maiorias políticas ocasionais<sup>93</sup>; é uma concepção ampla de democracia que contém uma “dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais”<sup>94</sup>.

### 3.6 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

#### 3.6.1 Antecedente histórico: A Suprema Corte dos EUA

A jurisdição constitucional é o instrumento de garantia da supremacia do texto constitucional. Essa definição, que na sua concepção é simples, adquire grande complexidade com o aporte teórico trazido pelo neoconstitucionalismo, que tem como uma de suas marcas distintivas a expansão da jurisdição constitucional para além de seu propósito de simples garantia da supremacia constitucional na acepção original do termo. No entanto, antes de tratar do neoconstitucionalismo propriamente, cabe uma breve localização histórica de certos fenômenos que acabaram por dar forma à nova concepção de controle de constitucionalidade como defendido pelos neoconstitucionalistas.

O controle de constitucionalidade das leis (como já tratado em detalhes no 1º capítulo deste trabalho) teve sua origem no século XIX nos EUA com a famosa decisão de *Marbury Vs. Madison*, de 1803, onde a Suprema Corte Americana afirmou seu poder de intérprete final

---

<sup>93</sup>BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 67 e ss.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 26.

da Constituição. Muito tempo mais tarde, sob a presidência do ministro Warren, se inaugura uma nova era na Suprema Corte dos EUA através do conceito revolucionário de devido processo legal substancial (*substantial due process*), onde a Suprema Corte, através da revisão judicial das leis, se arrogou poderes que não poderiam ter sido imaginado pelos constituintes originários.

Na era Warren, a Suprema Corte dos EUA ficou conhecida por seu papel aguerrido em defesa dos direitos e liberdades civis, em um movimento cunhado de “revolução constitucional”. Durante esse período, decisões de grande impacto político e social foram tomadas, como o caso de *Brown vs Board Education*, que pôs fim às leis de segregação racial (*separate but equal*), e o caso *Roe vs Wade*, que garantiu o direito ao aborto voluntário. Essas decisões, como muitas outras, só se tornaram possíveis graças a um novo entendimento da cláusula do *due process of law*. Analisemos mais cuidadosamente o sentido dessa cláusula e o seu impacto no Novo Constitucionalismo e a conseqüente expansão da jurisdição constitucional. Para tanto, nos voltemos à Constituição americana, que na primeira seção da 14ª emenda garante que ninguém será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal<sup>95</sup> (*due process of law*). Mas o que seria o devido processo legal? Berger esclarece<sup>96</sup> que para entender a referida cláusula é preciso voltar no tempo e compreender o contexto que foi promulgada a 14ª emenda.

No primeiro terço do século XIX, os estados norte-americanos, na medida em que aprovavam as leis abolição da escravidão, viam uma crescente onda de racismo contra as populações de recém libertos. Havia entre a população uma onda de medo, pois se espalhava a notícia que os ex-escravos estavam conspirando contra seus antigos senhores para praticar atos de violência, o que casou pânico generalizado. Em resposta, foram promulgadas diversas leis nos estados da federação para tentar evitar qualquer forma de organização das massas de

---

<sup>95</sup> Na íntegra, se lê: “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”(grifo nosso). EUA. 1ª Seção da 14ª emenda à Constituição.

<sup>96</sup> BERGER, Raoul. *Government by Judiciary: The transformation of the 14th Amendment*. Indianapolis: Liberty Fund. 1997. p.17. Em português, se lê: “As três cláusulas do § 1 eram três facetas de uma mesma preocupação: garantir que não haveria discriminação contra os libertos no que diz respeito aos “direitos fundamentais”, que tinham uma compreensão clara e um alcance estreito. Grosso modo, as lutas substantivas foram identificadas pela cláusula de privilégios ou imunidades; a cláusula de proteção igualitária deveria impedir a discriminação legislativa no que diz respeito a esses direitos; e o mecanismo judicial para assegurá-los deveria ser fornecido pelo devido processo não discriminatório dos vários Estados. Charles Sumner resumiu esses objetivos radicais: deixe o negro ter "o escudo das leis imparciais. Deixe-o ser ouvido no tribunal". Esse escudo, será mostrado, foi expresso na “igual proteção das leis”; o acesso à proteção pelos tribunais encontrou expressão no “devido processo legal”.

ex-escravizados, bem como proibir o seu ingresso nas escolas ou na vida pública, além de lhes serem negados direitos políticos e até a possibilidade de comprar terra. Foi nesse contexto, explica Berger, que foram criadas as garantias da 14ª emenda, que tinham por objetivo, em suas cláusulas de *due process* e *equal protection*, impedir a discriminação que os povos escravizados estavam recebendo. Diz o professor:

The three clauses of §1 were three facets of one and the same concern: to insure that there would be no discrimination against the freedmen in respect of "fundamental rights," which had clearly understood and narrow compass. Roughly speaking, the substantive fights were identified by the privileges or immunities clause; the equal protection clause was to bar legislative discrimination with respect to those rights; and the judicial machinery to secure them was to be supplied by non-discriminatory due process of the several States. Charles Sumner summarized these radical goals: let the Negro have "the shield of impartial laws. Let him be heard in court". That shield, it will be shown, was expressed in "equal protection of the laws"; access to protection by the courts found expression in "due process of law."<sup>97</sup>

Assim, é possível concluir que a intenção dos legisladores com a cláusula do devido processo legal era a proteção do cidadão – em especial dos povos escravizados – contra abusos advindos das autoridades estatais, de forma a evitar a criação de leis racialmente discriminatórias, bem como garantir o acesso desses povos à justiça. Em nenhum momento, continua Berger, se pode concluir que da cláusula do devido processo legal quisessem os legisladores assegurar direitos implícitos ou carentes de atualização:

The framers, it needs to be said at once, had no thought of creating unfamiliar rights of unknown, far-reaching extent by use of the words "equal protection" and "due process." Instead, they meant to secure familiar, "fundamental rights," and *only those*, and to guard them as of yore against deprivation except by (1) a non-discriminatory law, and (2) the established judicial procedure of the State.<sup>98</sup>

Dessa forma, inopinadamente a cláusula do devido processo legal passou a ser utilizada como trunfo para defender a existência de direitos *implícitos*, alegadamente presentes na Constituição. Mais ainda, as cláusulas do devido processo legal e igualdade passaram também a ser invocadas para declarar nulas as leis que os ministros da Suprema

---

<sup>97</sup>Ibidem.

<sup>98</sup>Ibidem. Em vernáculo: “Os criadores, é preciso dizer desde já, não pensaram em criar direitos desconhecidos, de extensão desconhecida e de longo alcance, através do uso das palavras “igual proteção” e “devido processo”. Em vez disso, pretendiam garantir os "direitos fundamentais" familiares, e apenas esses, e protegê-los como antigamente contra a privação, exceto por (1) uma lei não discriminatória e (2) o procedimento judicial estabelecido do Estado.”

Corte entendessem como *não razoáveis* ou *fora do alcance* dos poderes legislativos<sup>99</sup>, ainda que tratando de matéria onde não houvesse proibição expressa da Constituição, bastando afrontar os *direitos fundamentais*, mesmo que implícitos. Aqui cabe um desdobramento da explicação em duas partes: primeiro, para tratar da *razoabilidade* invocada como critério de julgamento de constitucionalidade da lei; segundo, para tratar da existência de direitos *implícito*.

Primeiro. O critério de razoabilidade (*reasonableness standard*) não foi invocado sem grande alvoroço. Apesar de usado largamente, inclusive em casos famosos como os já citados *Roe vs. Wade* e *Brown vs B. of Education*, o critério de razoabilidade não se encontra em nenhum lugar da Constituição autorizando o seu uso para declarar a nulidade de leis estaduais, o que suscitou um sem-número de críticas. Justice Douglas, no caso *Flast vs. Cohen* (1968), teceu duras críticas ao crescente uso do critério de razoabilidade por parte da Corte para a declaração de nulidade de leis estaduais; em seu voto asseverou que quando a Corte faz o uso da cláusula do devido processo legal substancial para assim determinar a razoabilidade de uma lei, o faz transformando a si mesma em uma espécie de “Conselho de Revisão”, instituição rejeitada pelos constituintes originários<sup>100</sup>, ofendendo, assim, o princípio da legalidade, arrogando para si mesma competência que a lei não prevê.

Segundo. Sobre os direitos fundamentais implícitos, importa explicá-lo citando um caso concreto em que seu significado foi desenvolvido. Nos anos 60, no estado de Connecticut, foi promulgada uma lei que proibia qualquer intervenção médica ou medicamentosa que impedisse ou dificultasse a concepção. Nesta mesma época, o médico ginecologista C. Lee Buxton foi indiciado e preso por ter violado a referida lei ao receitar drogas contraceptivas à uma de suas pacientes. O caso (*Griswold vs. Connecticut*) chegou à Suprema Corte, onde se questionava se a Constituição protegeria o direito à privacidade conjugal contra as restrições estatais de proibição do uso pílulas contraceptivas. O caso foi julgado e ficou decidido que, ainda que não explicitamente no texto constitucional, se poderia inferir da 1ª, 3ª, 4ª e 9ª emendas, a existência de princípios que garantiriam à família o direito

---

<sup>99</sup> Sobre essa questão, vide *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968) e GUTZMAN, Kevin. *The Politically Incorrect Guide to the Constitution*. Washington: Regenery Publishing INC. 2007. p. 147.

<sup>100</sup> No original, se lê: “I do not view with alarm, as does my Brother HARLAN, the consequences of that course. *Frothingham*, decided in 1923, was in the heyday of substantive due process, when courts were sitting in judgment on the wisdom or reasonableness of legislation. The claim in *Frothingham* was that a federal regulatory Act dealing with maternity deprived the plaintiff of property without due process of law. When the Court used substantive due process to determine the wisdom or reasonableness of legislation, it was indeed transforming itself into the Council of Revision which was rejected by the Constitutional Convention”. DOUGLAS, William O. in *Flast vs. Cohen* (1968), 392 U.S. p.106.

de privacidade (*marital privacy*), sendo ilegal, portanto, qualquer lei estadual que estatuísse algo em contrário. Apesar da garantia à privacidade não ser explícita, os ministros vencedores do caso argumentaram que na Constituição e suas emendas existiria *zonas de penumbra* que autorizariam uma interpretação extensiva, compreendendo a existência de direitos e garantias mesmo que não descritos textualmente<sup>101</sup>.

Destarte, podemos concluir que com advento do devido processo legal substancial, o reconhecimento das *zonas de penumbra* e a publicização de decisões como *Brown vs. Board Education* e *Roe vs. Wade*, especialistas<sup>102</sup> entendem que podemos encontrar as raízes da jurisdição constitucional expandida, como proposta pelos neoconstitucionalistas, na própria Suprema Corte dos EUA, ainda que o termo “neoconstitucionalismo” jamais tenha sido utilizado pelos ministros da Suprema Corte ou mesmo pelos estudiosos norte-americanos.

Os avanços feitos pela Suprema Corte dos EUA em direção a uma nova concepção de controle de constitucionalidade que supera os termos previstos na Constituição, foi essencial na formação da ideia de controle de constitucionalidade para o Neoconstitucionalismo, mas não foi suficiente. O novo constitucionalismo postula uma jurisdição constitucional *expandida*, superando a limitada incumbência das cortes constitucionais como simples garantidoras da supremacia constitucional, como meros “legisladores negativos”, conferindo-lhes novos (e controversos) poderes dentro do desenho institucional do estado, que tensionam o jogo de divisão entre os poderes e embaçam os limites entre o político e o jurídico.

Tornou-se um fenômeno global o protagonismo que as cortes constitucionais adquiriram nas últimas décadas quando se lhes foi outorgado poderes extraordinários de revisão constitucional, de modo que juízes passaram a discutir os mais controvertidos temas que, em tempos não muito remotos, seriam tidos como de competência exclusiva das

---

<sup>101</sup> Na decisão, sobre as áreas de penumbra, se lê: “The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. See *Poe v. Ulinan*, 367 U. S. 497, 516-522 (dissenting opinion). Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment in its prohibition against the quartering of soldiers “in any house” in time of peace without the consent of the owner is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the “right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures.” The Fifth Amendment in its Self-Incrimination Clause enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.” *Griswold vs. Connecticut*. Disponível em: < <https://www.oyez.org/cases/1964/496> >.

<sup>102</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Neoconstitucionalismo e Verdade: Limites democráticos da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3ªEd. 2020. p.67.

instâncias representativas (legislativo ou executivo)<sup>103</sup>. No Brasil não foi diferente. O Supremo Tribunal Federal, inserido nessa dinâmica, foi incitado a resolver uma gama de controvérsias que não encontraram solução nas câmaras de representação nacional e, como exemplo, podemos citar casos que resolveram desde a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>104</sup> até legalização do aborto de fetos anencéfalos<sup>105</sup>.

A questão que nos ocuparemos em seguida é demonstrar os principais pontos da teoria Neoconstitucionalista que servem de aporte teórico para a justificação da referenciada expansão da jurisdição constitucional. Trataremos dos principais postulados defendidos pelos teóricos do Neoconstitucionalismos que identificamos como de maior alcance na produção do fenômeno de expansão observado no Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade. Os postulados tratados serão: *i*) a defesa de que constituição possui uma força normativa; *ii*) a corte constitucional como órgão de representação política agindo por meio do controle de constitucionalidade; *iv*) a superação do modelo tradicional de separação dos poderes. Tratemos agora individualmente de cada um desses pontos.

### 3.6.2 Força Normativa da Constituição

As constituições contemporâneas têm como uma das suas mais marcantes características um rol ampliado de direitos, sejam individuais, sejam sociais ou políticos. No entanto, essa ampliação dos direitos trouxe consigo certo grau de frustração pela sua não efetivação, de modo que as constituições modernas se tornaram uma “carta de promessas” à espera de futura e incerta realização.

Bem observa Guastini<sup>106</sup> que os princípios gerais e normas programáticas contidos nas constituições contemporâneas nem sempre são considerados como normas jurídicas genuínas (vinculantes), capazes de produzir efeitos imediatos, constituindo direitos subjetivos ao cidadão. Assim, é possível sustentar que essas referidas normas não estão aptas a produzir efeitos até a promulgação de leis necessárias para sua precisão e concretização<sup>107</sup>. O

---

<sup>103</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Publicado originalmente “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

<sup>104</sup> ADPF nº 132 e ADI nº 142.

<sup>105</sup> ADPF nº 54.

<sup>106</sup> GUASTINI, R. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. in neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 53

<sup>107</sup> Com clareza, explica o constitucionalista italiano: “Ahora bien, no siempre los principios generales y las disposiciones programáticas son considerados como normas jurídicas genuinas, vinculante para todos sus

constitucionalismo tradicional, continua o professor Italiano, não enxerga nas constituições mais que um “manifesto político”, cuja concretização é tarefa *exclusiva* do legislador<sup>108</sup>. O Neoconstitucionalismo surge com a pretensão de resolver essa problemática.

Moller explica que o constitucionalismo contemporâneo propõe um reposicionamento da constituição dentre as fontes do direito, de modo a lhe atribuir um caráter normativo, e não como simples instrumento de organização do poder<sup>109</sup>. Nesse sentido, esclarece que:

As normas constitucionais, mesmo as diretivas e programáticas, devem orientar a atuação de todos os poderes estatais, permitindo que, em alguns casos ou situações, possam ser aplicadas diretamente, tanto no aspecto negativo – controle de constitucionalidade de outras normas infraconstitucionais -, mas também de forma afirmativa, seja para orientar algum posicionamento interpretativo, seja para servir de fundamento para deferimento de uma prestação individual.<sup>110</sup>

Assim sendo, a força normativa da constituição consistiria na compreensão dos direitos e garantias constitucionais como normas jurídicas propriamente ditas, porquê cogentes e capazes de produzir efeitos jurídicos. Sustentado esse peculiar atributo das constituições contemporâneas, o Neoconstitucionalismo faz aberta oposição à concepção tradicional de constituição. Explica-se.

A concepção clássica de constituição (constitucionalismo liberal) é a de que as disposições constitucionais têm por simples função a limitação do poder estatal. Desse modo, as normas constitucionais não teriam aplicação imediata nas relações privadas, entre os cidadãos, o que seria a ocupação das leis ordinárias como o código civil, código penal etc. Nesta tradicional concepção, as disposições constitucionais teriam aplicabilidade na organização do estado e regulando a relação do estado com o cidadão, não havendo aplicação direta das normas constitucionais por parte dos juízes como forma de resolver litígios do

---

destinatarios y, sobre todo, jurídicamente eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos. En particular, algunos piensan que las normas en cuestión no son capaces de provocar ni la obligación de leyes incompatibles anteriores a la constitución, ni la invalidez de leyes incompatibles sucesivas. Por otra parte, también las normas que confieren derechos de libertad frecuentemente se presentan más como normas de principio que como reglas precisas de conducta, desde el momento en que, en muchos casos, su formulación, al lado de la enunciación formal de un derecho subjetivo, incluye igualmente una remisión a la ley. De manera que es del todo posible sostener que semejantes normas no son susceptibles de aplicación jurisdiccional hasta que non son promulgadas las leyes necesarias para precisarlas e concretizarlas” (GUASTINI, R. La Constitucionalización del ordenamento jurídico. in neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 54).

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> MOLLER, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p.33.

<sup>110</sup> Ibidem. p. 34.

cidadão perante o estado<sup>111</sup>. Em contraposição, o novo constitucionalismo supõe que os dispositivos constitucionais têm natureza normativa, e que todos os dispositivos constitucionais devem ser tomados como verdadeiras normas jurídicas, aptas, portanto, a produzir efeitos jurídicos, gerando direitos subjetivos ao cidadão. Desse modo, as disposições constitucionais podem e devem ser aplicadas diretamente por tribunais comuns na resolução de litígios, inclusive entre particulares. Assim sendo, o “neoconstitucionalismo rompe com o caráter meramente político, que não raro se costumava atribuir às normas materiais da constituição, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais”<sup>112</sup>.

A defesa da força normativa da constituição também implica na superação da ideia tradicional da constituição como simples forma de restrição do poder e garantia das liberdades políticas. Canotilho sustenta que a força normativa da constituição se expande até aos terrenos da ordem econômica e social<sup>113</sup>, e completa dizendo que:

(...) mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como mensagem ou utopia, reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais. Consequentemente, a Constituição tanto é lei fundamental dos direitos, liberdades e garantias como dos direitos econômicos, sociais e culturais; tanto é imperativo jurídico no que respeita ao estatuto dos órgãos de soberania, como quando trata da organização econômica ou das relações sociais em geral.<sup>114</sup>

Isso implica dizer que, para o neoconstitucionalismo, ao se falar da força ou valor normativo da constituição significa dizer que a constituição não é apenas parâmetro obrigatório de todos os atos estaduais no sentido formal da criação das leis (*superlegalidade formal*), mas também que a constituição se torna parâmetro de conformidade substancial de todos os atos do estado e dos poderes público com as normas e princípios hierarquicamente superiores contidos na constituição (*superlegalidade substancial*). Assevera Canotilho que destas duas dimensões – superlegalidade formal e superlegalidade material – deriva a força normativa da constituição e, em última análise, o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, pois os atos normativos só estarão em conformidade com a constituição se não violarem o sistema formal de produção destes atos e, ao mesmo tempo, não contrariarem os parâmetros materiais plasmados nos princípios e regras

---

<sup>111</sup> GUASTINI, R. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. in neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 55.

<sup>112</sup> MOLLER, Max. Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p.35.

<sup>113</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da Constituição. 6ª Ed. Coimbra: Almedina. 1993. p. 43

<sup>114</sup> Ibidem. p. 44.

constitucionais<sup>115</sup>. Hesse, cuja obra carrega no título o postulado analisado<sup>116</sup>, sustenta que a força normativa da constituição é uma meta a ser alcançada, de maneira que a constituição tenha a eficácia de suas normas maximizadas. No entanto, adverte, a constituição está condicionada pela realidade histórica e fática, não podendo ser separada de seu tempo e lugar<sup>117</sup>. E complementa, o jurista alemão, dizendo que a constituição depende de uma “vontade normativa” ou “vontade de constituição” (*wille zur verfassung*) dos “responsáveis pela vida constitucional”<sup>118</sup>. Aqui nota-se um ponto de divergência importante – e com grande repercussão para o fenômeno observado de expansão da jurisdição constitucional – entre a concepção de força normativa como originalmente formulado pelo Hesse e a concepção defendida pelo propugnadores do neoconstitucionalismos, pois, diferentemente da concepção do Hesse que encontra limitação nas circunstâncias materiais, históricas e políticas, os neoconstitucionalistas relativizam a subordinação da força normativa às contingências do fáticas, sejam elas históricas, sociais, políticas etc. Barroso, nesse sentido, é enfático ao defender que força normativa da constituição tem “caráter vinculativo e obrigatório nas suas disposições”<sup>119</sup>; e “sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”<sup>120</sup>.

Enquanto a ideia de força normativa da constituição, como apresentada pelo Konrad Hesse, é condicionada pela realidade histórica, os novos constitucionalistas, em certa medida, invertem essa fórmula, pondo a constituição à frente do processo histórico. Nessa lógica, Barroso evoca a imagem da função *guiadora* das cortes constitucionais que, não se submetendo às condições históricas, devem, muito ao contrário, “empurrar a história”<sup>121</sup>,

---

<sup>115</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 890

<sup>116</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1991

<sup>117</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1991. p. 24.

<sup>118</sup> Na íntegra, diz Hesse: “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se em, primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. 1991. p. 24.

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p.160

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 25.

apressando a realização das promessas garantidas pela constituição quando da inércia ou incapacidade dos demais poderes constituídos<sup>122</sup>. Carbonell, nesta mesma toada, defende que a as normas constitucionais são, ates de tudo e sobretudo, normas jurídicas aplicáveis e vinculantes, e não simples programas de ação política, ou catálogo de recomendação aos poderes públicos<sup>123</sup>.

Na força normativa da constituição, como definida pelos neoconstitucionalistas, encontra-se um forte argumento para a atuação expansiva das cortes constitucionais, órgão ao qual se incumbe o dever de realização dos mandamentos constitucionais. No Brasil, o referido postulado também foi plenamente assimilado pelo STF, como se vê so excerto que abaixo transcrevemos:

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático.<sup>124</sup>

Em outra passagem de grande clareza, o Min. Celso de Mello, sobre a força normativa da constituição, diz:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.<sup>125</sup>

Desse modo, vemos como a ideia da força normativa da constituição foi amplamente assimilada pelos ministros do STF. Sem dúvida, a convicção de que as normas constitucionais têm a força normativa que os Neoconstitucionalistas advogam ter, é um fator considerável no processo de expansão da jurisdição constitucional, dando às cortes

---

<sup>122</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. *passim*.

<sup>123</sup> CARBONELL, Miguel. El Canon Neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 160

<sup>124</sup> Voto do Min. Celso de Mello na ADI nº4.277/Distrito Federal. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011. p. 853.

<sup>125</sup> Voto do Min. Celso de Mello na ADI nº4.277/Distrito Federal. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011. p. 858.

constitucionais incumbências mais amplas para garantir a efetivação dos mandamentos constitucionais.

### 3.6.4 A função representativa da corte constitucional

A representação política é elemento essencial nos estados democráticos modernos pois, sendo o povo detentor da soberania<sup>126</sup>, mas não podendo exercê-la diretamente por questões práticas, delega à um grupo mais restrito de pessoas para que, em seu nome, governe a nação. O corpo dos representantes eleitos pelo povo encarna, assim, a soberania nacional, a partir da qual todos os outros poderes derivam sua autoridade e legitimidade. Tradicionalmente, são considerados como tendo natureza representativa os corpos políticos eleitos, no entanto o neoconstitucionalismo endossa uma vertente teórica que defende a possibilidade de uma forma de representação política nos tribunais, especialmente nas cortes constitucionais através da jurisdição constitucional<sup>127</sup>.

Em artigo escrito ainda em 1957, Dahl defende com veemência a natureza igualmente política e representativa da Suprema Corte que, não se limitando à simples resolução de conflitos ou declaração de inconstitucionalidade das leis, também decide casos controvertidos de *national policy*, mesmo quando não há expressa e clara previsão legal<sup>128</sup>. Como exemplo da atuação representativa da Suprema Corte, Dahl cita casos em que a Corte decidiu questões sobre a segregação racial nas escolas e políticas econômicas de alcance nacional. Por fim, chama de *ficção* a ideia de que a Suprema Corte é uma instituição puramente jurídica, e o faz em termos que vale a transcrição integral do texto:

---

<sup>126</sup> Princípio esse explícito na Carta de 1988, v. parágrafo único do art. 1º.

<sup>127</sup> Para citar alguns trabalhos nessa linha: ROSEN, Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How the courts serve america*. Oxford: Oxford University Press. 2006. DAHL, A. Robert. *Decision-Making in a democracy: The Supreme court as a national policy-maker*. Role of the Supreme Court Symposium. *Journal of Public Law*, vol. 6, no. 2, Fall 1957, p. 279-295. LAIN, Corina Barret. *Upside-Down Judicial Review*. *The Georgetown Law Journal*, Richmond: UR Scholarship Repository. Vol. 101:113. 2012. p. 113-186. ROSEN, Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How the courts serve america*. Oxford: Oxford University Press. 2006. FERRAJOLI, Luigi. *O Constitucionalismo Garantista*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tradução: Alexandre Araújo de Souza. p.85 e ss.

<sup>128</sup> DAHL, A. Robert. *Decision-Making in a democracy: The Supreme court as a national policy-maker*. Role of the Supreme Court Symposium. *Journal of Public Law*, vol. 6, no. 2, Fall 1957, p. 279-295.

Very often, then, the cases before the Court involve alternatives about which there is severe disagreement in the society, as in the case of segregation or economic regulation; that is, the setting of the case is "political." Moreover, they are usually cases where competent students of constitutional law, including the learned justices of the Supreme Court themselves, disagree; where the words of the Constitution are general, vague, ambiguous, or not clearly applicable; where precedent may be found on both sides; and where experts differ in predicting the consequences of the various alternatives or the degree of probability that the possible consequences will actually ensue. Typically, in other words, although there may be considerable agreement as to the alternatives thought to be open [(a)], there is very serious disagreement as to questions of fact bearing on consequences and probabilities [(b) and (c)], and as to questions of value, or the way in which different alternatives are to be ordered according to criteria establishing relative preferability [(d)]. If the Court were assumed to be a "political" institution, no particular problems would arise, for it would be taken for granted that the members of the Court would resolve questions of fact and value by introducing assumptions derived from their own predispositions or those of influential clienteles and constituents. But, **since much of the legitimacy of the Court's decisions rests upon the fiction that it is not a political institution but exclusively a legal one**, to accept the Court as a political institution would solve one set of problems at the price of creating another. Nonetheless, if it is true that the nature of the cases arriving before the Court is sometimes of the kind I have described, **then the Court cannot act strictly as a legal institution**. It must, that is to say, choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution. It is in this sense that **the Court is a national policy-maker**, and it is this role that gives rise to the problem of the Court's existence in a political system ordinarily held to be democratic.<sup>129</sup> (grifo nosso)

---

<sup>129</sup> DAHL, A. Robert. Decision-Making in a democracy: The Supreme court as a national policy-maker. Role of the Supreme Court Symposium. *Journal of Public Law*, vol. 6, no. 2, Fall 1957, p. 280. Numa tradução livre: "Muito frequentemente, então, os casos perante o Tribunal envolvem alternativas sobre as quais existe grave desacordo na sociedade, como no caso da segregação ou da regulação económica; isto é, o cenário do caso é "político". Além disso, são geralmente casos em que estudantes competentes de direito constitucional, incluindo os próprios juizes do Supremo Tribunal, discordam; onde as palavras da Constituição são gerais, vagas, ambíguas ou não claramente aplicáveis; onde podem ser encontrados precedentes em ambos os lados; e onde os especialistas divergem na previsão das consequências das diversas alternativas ou no grau de probabilidade de que as possíveis consequências realmente ocorrerão. Normalmente, em outras palavras, embora possa haver um acordo considerável quanto às alternativas consideradas abertas [(a)], há um desacordo muito sério quanto às questões de fato relacionadas às consequências e probabilidades [(b) e (c)] , e quanto a questões de valor, ou a forma como diferentes alternativas devem ser ordenadas de acordo com critérios que estabelecem preferência relativa [(d)]. Se o Tribunal fosse considerado uma instituição "política", não surgiriam problemas particulares, pois seria dado como certo que os membros do Tribunal resolveriam questões de facto e de valor introduzindo pressupostos derivados das suas próprias predisposições ou das dos seus clientelas e constituintes influentes. Mas, uma vez que grande parte da legitimidade das decisões do Tribunal assenta na ficção de que não se trata de uma instituição política, mas exclusivamente jurídica, aceitar o Tribunal como uma instituição política resolveria um conjunto de problemas ao preço de criar outro. No entanto, se é verdade que a natureza dos casos que chegam ao Tribunal é por vezes do tipo que descrevi, então o Tribunal não pode agir estritamente como uma instituição jurídica. Deve, isto é, escolher entre alternativas controversas de política pública, apelando para pelo menos alguns critérios de aceitabilidade em questões de facto e valor que não podem ser encontradas ou deduzidas de precedentes, estatutos e Constituição. É neste sentido que o Tribunal é um decisor político nacional, e é este papel que dá origem ao problema da existência do Tribunal num sistema político normalmente

É certo – e disso não há controvérsia – que as cortes constitucionais exercem um papel contramajoritário, pois todas as vezes que declara a inconstitucionalidade de uma norma em razão de sua incompatibilidade com o texto constitucional, o faz contrariamente à vontade dos corpos legislativos que aprovaram essa mesma lei que agora é declarada como incompatível com o ordenamento constitucional. Assim procedendo, a controle de constitucionalidade opera contra as maiorias vitoriosas das assembleias políticas que promulgaram a lei. Isso significa dizer que é da natureza mesma do controle de constitucionalidade a atuação contramajoritária da corte constitucional. Argumentar, por outro lado, que a corte constitucional tenha um papel *representativo*, é algo verdadeiramente inovador, e o neoconstitucionalismo eleva essa característica a um nível mais alto que o defendido pelo juristas norte-americanos desde a fundação do *judicial review*.

O neoconstitucionalismo, com o advento do chamado Estado Constitucional de Direito<sup>130</sup>, sustenta que os estados constitucionais modernos se caracterizam por ter compromisso não apenas com os aspectos formais na formulação das leis, mas, especialmente, com o seu conteúdo principiológico. Barroso defende que essa moderna concepção de Estado Constitucional “para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça”<sup>131</sup>. Em contraste com a concepção antiga de constitucionalismo, que compreendia como constitucional a norma bastando que fossem respeitados os procedimentos legalmente estabelecidos, o novo constitucionalismo defende que somente é constitucional a norma que se harmoniza formal e substancialmente com o texto constitucional, ou seja, a norma que se encaixa na constelação de princípio explícitos e implícitos contidos na carta constitucional. Essa concepção de constitucionalidade das normas amplia enormemente a função das cortes constitucionais enquanto garantidoras da supremacia do texto constitucional. Desse modo, além da função contramajoritária exercida pela corte constitucional, os

---

considerado democrático”. Na mesma linha, se posiciona Rose, que diz: “ In this book, I argue that courts are broadly in step with public opinion. (...) Far from protecting minorities against the tyranny of the majority or thwarting the will of the people, courts for most of American history have tended to reflect the constitutional views of majorities” (p. 12).

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi. Passado y Futuro del Estado del Derecho. in neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13 e ss.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019. p.16

neoconstitucionalistas defendem existir a função representativa desta corte, o que a torna parte legítima par atender demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos pelos poderes políticos representativos<sup>132</sup>. No entanto, poderíamos nos perguntar, como a corte constitucional, que é composta por juízes não eleitos popularmente, poderia desempenhar uma função de natureza político-representativa sem ofender os princípios da democracia representativa? O jurista alemão Robert Alexy apresenta uma solução engenhosa para esse desafio.

Alexy argumenta<sup>133</sup> que, para o observador desatento, a função representativa da corte constitucional, enquanto exercendo o controle de constitucionalidade, pode parecer algo incompatível com o modelo democrático de organização do poder. No entanto, essa incompatibilidade somente seria verdadeira numa conceituação equivocada de democracia enquanto um sistema puramente *decisional*<sup>134</sup>, onde apenas a vontade numericamente expressa das majorias seria fonte a de legitimidade das leis. Alexy, desvinculando a ideia de representação da eleição majoritária, sustenta um conceito de democracia que exige o compromisso com a *argumentação*, de modo a dar lugar a uma forma de democracia de tipo deliberativa, onde a representação pode se manifestar tanto na forma decisional quanto a argumentativa<sup>135</sup>. Diz Alexy:

An adequate concept of democracy must, however, comprise not only decision but also argument. The inclusion of argument in the concept of democracy makes democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision making. For this reason, **the connection between the people and the parliament must not only be determined by decisions expressed in elections and votes but also by argument**. In this way, the representation of the people by the parliament is, at the same time, volitional or decisional as well as argumentative or discursive.<sup>136</sup> (grifo nosso)

<sup>132</sup> ALEXY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. São Paulo: Editora Gen. Tradução: Alexandre Gomes Trivisonno. p. 119 e ss. ALEXY, Robert. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. São Paulo: Gen Editora. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª Ed. 2018. p. 64.

<sup>133</sup> Sobre a ideia de representação argumentativa, vide ALEXY, Robert. Balacing, constitutional review, and representation. Oxford: University Press and New York University School of Law 2005, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 572–581.

<sup>134</sup> Sobre a *democracia decisional*, esclarece Alexy: “it is possible to draw a picture of democracy that contains no more than a system of decision making centered around the concepts of election and majority rule. This would be a purely decisional model of democracy”. (ALEXY, Robert. Balacing, constitutional review, and representation. Oxford: University Press and New York University School of Law 2005, p. 579).

<sup>135</sup> As expressões *representação argumentativa* e *democracia discursiva* são usada por Alexy de modo intercambiável.

<sup>136</sup> ALEXY, Robert. Balacing, constitutional review, and representation. Oxford: University Press and New York University School of Law 2005, Volume 3, Number 4, 2005, p. 579. Em português, diríamos: “Um conceito

Assim, sustenta o jurista alemão, existiriam dois tipos de representação: a *decisional*, manifestada exclusivamente pelos corpos políticos eleitos, que basearia sua representação na simples expressão da vontade, sem o necessário compromisso com uma fundamentação racional das escolhas feitas; e a representação *argumentativa*, que pode ser exercida pelos corpos politicamente eleitos, mas também pode existir através das cortes constitucionais, que só poderiam agir representativamente através da argumentação. Assim, a representação do povo por uma corte constitucionais seria *exclusivamente* argumentativa<sup>137</sup>.

Importa, aqui, retomar a ideia de democracia deliberativa onde se operaria a legitimação discursiva da corte constitucional e sem a qual não se pode compreender o referido conceito<sup>138</sup>. Gutmann e Thompson<sup>139</sup> argumentam que o *governo por argumentos* (government by discussion) não é nada novo, pois, ainda no século XIX, John Stuart Mill já defendia o elemento discursivo como parte do processo de criação política, mas com a diferença de que essa discussão não se daria de forma ampla, mas apenas entre as parcelas mais instruídas (*better educated*) da população, dando, assim, um caráter aristocrático ao governo<sup>140</sup>. É somente na segunda metade de século XX, com a elaboração crítica de Jurgen Habermas, que a democracia deliberativa começa a tomar a forma que hoje é utilizada entre os neoconstitucionalistas. Habermas é o responsável por reavivar a ideia de deliberação em nosso tempo, dando-lhe uma fundamentação democrática, pois é fundada na ideia de soberania popular. A fonte fundamental da legitimidade democrática se encontraria no juízo coletivo do povo (*collective judgment of the people*) manifestado através regras definidas pelo ideal deliberativo (*deliberative ideal*)<sup>141</sup>.

adequado de democracia deve, contudo, incluir não apenas decisão, mas também argumento. A inclusão do argumento no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso, tanto quanto possível, como meio de tomada de decisão pública. Por esta razão, a ligação entre o povo e o parlamento não deve ser determinada apenas por decisões expressas em eleições e votações, mas também por argumentos. Desta forma, a representação do povo pelo parlamento é, ao mesmo tempo, volitiva ou decisória, bem como argumentativa ou discursiva.”

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. São Paulo: Gen Editora. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª Ed. 2018. p. 66.

<sup>138</sup> Sobre a importância da democracia deliberativa, Alexy chega a dizer que a representação argumentativa *exige* a democracia deliberativa. Nesse sentido, vide ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. Trad. Luís Afonso Heck, 3ª Ed. 2011. p. 35.

<sup>139</sup> GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Why deliberative democracy? Princeton: Princeton University Press. 2004.

<sup>140</sup> MILL, John Stuart. Considerations on Representative Government, in Collected Writings, vol. XIX, ed. J. M. Robson (Toronto: University of Toronto Press; London: Routledge & Keagan Paul, 1977), ch. XV.; apud GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Why deliberative democracy? Princeton: Princeton University Press. 2004. p. 9.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 9.

Trazendo a discussão para um plano mais prático, Gutmann e Thompson esclarecem que o elemento fundamental e distintivo da democracia deliberativa é a necessidade de que os representantes políticos justifiquem racionalmente suas decisões. Essa justificativa se daria por meio da deliberação e do diálogo, onde as partes podem perceber os diferentes pontos de vista apresentados e decidir, baseados em uma argumentação racional, o melhor posicionamento. Explicam os professores norte-americanos que:

(...) the moral basis for this reason-giving process is common to many conceptions of democracy. Persons should be treated not merely as objects of legislation, as passive subjects to be ruled, but as autonomous agents who take part in the governance of their own society, directly or through their representatives. **In deliberative democracy an important way these agents take part is by presenting and responding to reasons, or by demanding that their representatives do so, with the aim of justifying the laws under which they must live together.** The reasons are meant both to produce a justifiable decision and to express the value of mutual respect. It is not enough that citizens assert their power through interest-group bargaining, or by voting in elections.<sup>142</sup> (grifo nosso)

Em sentido semelhante, Habermas preleciona ser parte essencial do processo de legitimação das leis nos estados democráticos o consentimento dos cidadãos sob a égide de um discurso racional, que se valeria do uso público da razão<sup>143</sup>. Alexy, que confessa ser Habermas a fonte para sua concepção de democracia deliberativa<sup>144</sup>, assevera que “o

---

<sup>142</sup> GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Why deliberative democracy? Princeton: Princeton University Press. 2004. p. 4. Traduzindo livremente: “a base moral para este processo de fundamentação é comum a muitas concepções de democracia. As pessoas devem ser tratadas não apenas como objectos de legislação, como sujeitos passivos a serem governados, mas como agentes autónomos que participam na governação da sua própria sociedade, directamente ou através dos seus representantes. Na democracia deliberativa, uma forma importante de participação destes agentes é apresentando e respondendo razões, ou exigindo que os seus representantes o façam, com o objectivo de justificar as leis sob as quais devem viver juntos. As razões destinam-se tanto a produzir uma decisão justificável como a expressar o valor do respeito mútuo. Não basta que os cidadãos afirmem o seu poder através da negociação de grupos de interesse ou do voto nas eleições”.

<sup>143</sup> HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia: Entre facticidade e validade. apud JOHAS, Bárbara Cristina Mota. A arquitetura habermasiana do Estado Democrático de Direito: uma proposta comunicativa de legitimidade democrática. Artigo publicado no site da Editora Cubo em 2014. Disponível em: <<https://doi.editoracubo.com.br/10.4322/tp.2014.008>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2023.

<sup>144</sup> Respondendo às perguntas de Atienza sobre a influência de Habermas em seu pensamento sobre a representação discursiva e teoria da argumentação jurídica, Alexy responde positivamente sobre do peso da teoria crítica habermasiana em seus escritos, explicando, inclusive que a intenção fundamental sua e de Habermas é a mesma, em que pese certas divergências acerca da teoria dos direitos humanos (vide ALEXEY, Robert. Teoria Discursiva do Direito. São Paulo: Gen Editora. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3ª Ed. 2019. p. 293/294.

princípio do discurso exige a democracia deliberativa”<sup>145</sup>, pois nela o poder seria legitimado por argumentos, onde os participantes colaborariam para uma solução política correta, pressupondo, desse modo, a possibilidade de uma racionalidade discursiva com vocação para *correção* e *justiça*. Nesse sentido, para que representação argumentativa se dê legitimamente, Alexy explica a necessidade de dois pressupostos: o primeiro seria existência de argumentos sólidos ou corretos (*correct or sound*); e o segundo seria a existência de pessoas racionais que acolham os argumentos pela sua correção intrínseca<sup>146</sup>. A partir desse consenso, Alexy julga encontrar a solução e a justificativa para o poder representativo das cortes constitucionais. É nessa perspectiva que as cortes constitucionais podem ser compreendidas como órgãos não apenas jurisdicionais, mas também representativos e de deliberação política.

Esse elemento argumentativo que, segundo Alexy, é inerente às democracias modernas, elidindo as críticas de violação ao princípio de separação dos poderes e a ausência da legitimação pelo voto, implica numa ampliação das matérias que podem ser submetidas ao conhecimento dos tribunais, pois estes não se obstarão em julgar o mérito de certas decisões do poder legislativo ou da administração pública, julgamentos esses que seriam, fora do conceito de representação aqui delineado, tidos como inválidos em razão de sua natureza exclusiva ou prioritariamente política. Logo, a assimilação do conceito de *democracia deliberativa* e a possibilidade da representação política discursiva pelos órgãos jurisdicionais implica numa expansão no alcance e no poder dos tribunais, em especial das cortes constitucionais. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal dá indícios de ter assimilado o referido instituto.

Prócere da função representativa da corte constitucional no Brasil, Luís Roberto Barroso encarna bem a mentalidade que se vêm formando no STF nesse aspecto, permitindo, desse modo, que através de seu pensamento seja possível identificar a filiação de suas ideias quanto ao conceito de representação discursiva como proposto por Alexy, bem como

---

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. Trad. Luís Afonso Heck, 3ª Ed. 2011. p. 35.

<sup>146</sup> ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. Oxford: University Press and New York University School of Law 2005, Volume 3, Number 4, 2005, p. 580. No original, diz Alexy: “(...) there are two fundamental conditions of true argumentative representation: (1) the existence of sound or correct arguments, and (2) the existence of rational persons, that is, persons who are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct”.

investigar as raízes do fenômeno da expansão da jurisdição constitucional que se observa no STF, fenômeno tributário do neoconstitucionalismo, como demonstraremos.

O pensamento de Luís Roberto Barroso com relação à democracia e a função representativa da corte constitucional, ainda que baseado nas propostas de Alexy, apresenta algumas particularidades que importam no esclarecimento de seus conceitos.

Barroso advoga que as democracias contemporâneas possuem uma natureza tríplice, formada por *votos, direito e razões*, o que conferiria à democracia uma dimensão tripartite<sup>147</sup>. As democracias modernas seriam *representativas* em razão do voto popular, manifestado institucionalmente no poder legislativo e executivo, que teriam a prerrogativa, não exclusiva, de representação da vontade popular nos moldes decisórios de representação. Além da dimensão representativa, as democracias também seriam *constitucionais* por possuírem um núcleo de direitos fundamentais que não se sujeitam às vontades das maiorias políticas. O elemento constitucional seria um fator de limitação do poder representativo, de modo a não tornar absoluto o poder dos corpos políticos representativos, ainda que estes manifestem verdadeiramente a vontade das maiorias. Por fim, as democracias seriam *deliberativas*, pois têm na essência o oferecimento de razões, discussão de ideias e troca de argumentos<sup>148</sup>.

Nesta senda, Barroso esclarece a necessidade de uma *legitimação discursiva* das decisões políticas, que precisam ser produzidas após debate público, livre, amplo e aberto, ao fim do qual se deve fornecer as razões das opções feitas. Ainda, fiel ao pensamento de Alexy, Barroso defende que se o elemento discursivo serve para legitimar as decisões políticas, serve também para as decisões jurisdicionais, e prova disso seria o dever de motivação imposto aos juízes<sup>149</sup>. Operando desse modo – discursivamente – não deve causar

---

<sup>147</sup> Em muitas de suas obras Barroso trata da conceituação de democracia e a função representativa desempenhada pelo STF, mas para o presente texto nos baseamos nos seguintes escritos: BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. Revista de Estudos Institucionais, Vol. 2, 2016. p.518-546. BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017.

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019. p.17.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 20.

estranheza que a Suprema Corte funcione como intérprete do sentimento social<sup>150</sup>, pois o voto (legitimação eleitoral), em sua opinião, não é fonte exclusiva da democracia ou condição *sine qua non* para a atuação político-representativa de uma instituição de poder. Destarte, o Poder Judiciário não apenas pode desempenhar uma função representativa como pode, em alguns casos, fazê-lo melhor que o poder legislativo ou executivo: “O ponto aqui enfatizado é que, em certos contextos, por paradoxal que pareça, as cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais”<sup>151</sup>.

Essa vertente que sustenta o Judiciário como coparticipe do processo de representação política pode ser encontrada, ainda que por vezes de maneira discreta, em decisões de grande repercussão tomadas pelo STF em décadas recentes. Na ADI 4.277/DF<sup>152</sup>, por exemplo – onde foi reconhecida a união civil de pessoas do mesmo sexo para fins civis – a função representativa da corte foi argumento levantado para sustentar a legitimidade de atuação na Corte. O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto, aduz a existência de um “descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito”, que não foi capaz de acompanhar as novas demandas da sociedade, e que seria dever do STF “fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade”<sup>153</sup>.

Ainda na ADI 4.277/DF, o Min. Gilmar Mendes, nas razões de seu voto, deixa explícito seu assentimento quanto a função de representação política do STF no caso em espécie pois, negando a possibilidade de se inferir do texto constitucional a interpretação conforme que permita a união civil de pessoas do mesmo sexo, o Ministro aponta que:

(...) se o sistema [político], de alguma forma, falha na composição desta resposta [união homoafetiva], e se o Judiciário é chamado a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 55.

<sup>151</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019. p.19.

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº4.277/Distrito Federal. Min. Rel. Ayres Britto. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011.

<sup>153</sup> Voto do Min. Joaquim Barbosa na ADI nº4.277/Distrito Federal. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011. p. 116 e ss.

<sup>154</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI nº4.277/Distrito Federal. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011. p. 122 e ss.

Ou seja: não bastando a Corte reconhecer a inconstitucionalidade do caso, é preciso agir positivamente, como legisladores extraordinários sanando as *falhas* do sistema político. Mais adiante, explicita o Min. Gilmar Mendes dizendo que:

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.<sup>155</sup>

O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos -, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é **exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos**, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas.<sup>156</sup> (grifo nosso)

O Ministro Gilmar Mendes, além dos argumentos já apresentados, faz referência direta a Alexy, atribuindo ao constitucionalista alemão o mérito de explicitar a função representativa do Tribunal Constitucional que, diferentemente do parlamento, representaria o cidadão *argumentativamente*. E, citado Alexy diretamente, aduz que o tribunal constitucional é instância de reflexão política, que pode atuar em defesa das minorias quando grupos majoritários das instâncias políticas atuam em desconsideração dos grupos minoritários, e justifica dizendo:

O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. **Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos.**<sup>157</sup> (grifo nosso)

---

<sup>155</sup> Idem, p. 123.

<sup>156</sup> Idem, p. 138.

<sup>157</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI nº4.277/Distrito Federal. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011. p. 142.

A seu turno, o Min. Lewandowski, divergindo do relator sobre a existência de direitos implícitos na Constituição que dariam guarida a interpretação conforme que permitiria o casamento entre pessoas do mesmo sexo, assevera, sobre a atuação do STF, que: “nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. (...) quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional”<sup>158</sup>. Esse argumento invocado pelo Min. Lewandowski (que divergiu em seu voto dos demais ministros no caso em análise), encontra pronta resposta na teoria Neoconstitucional da jurisdição constitucional, em um peculiar desdobramento de sua função representativa que importa em maiores explicações.

Os neoconstitucionalistas defendem existir uma tensão essencial nas democracias constitucionais modernas entre o elemento democrático majoritário e a existência de direitos fundamentais <sup>159</sup> pois, se por um lado o ideal democrático se funda na noção de soberania popular, fonte irrestrita do poder político; do outro lado encontramos o constitucionalismo e sua função limitadora do poder. Assim sendo, explica Binjenbojm, “as democracias constitucionais vivem sob o influxo de uma tensão permanente e visceral, gerada pela lógica de suas próprias regras de funcionamento”<sup>160</sup>. A solução para essa *tensão* seria a jurisdição constitucional, já que no Estado Democrático de Direito busca-se compatibilizar o ideal rousseauiano de *império da lei* com o paradigma liberal de *limitação do poder*, de modo a se construir um governo que respeite, ao mesmo tempo, a soberania popular e os princípios consagrados na constituição que resguardam os direitos fundamentais. Nesse sentido, explica o constitucionalista que:

À jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a jurisdição constitucional se apresente como uma instância de poder contra-majoritário, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será de intervir a favor e não contra a democracia.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADI nº4.277/Distrito Federal. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011. p 139.

<sup>159</sup> BINENOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2020. p. 1 e ss.

<sup>160</sup> Idem. p. 2.

<sup>161</sup> BINENOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2020. p. 10.

Nessa mesma linha de pensamento, Barroso assevera que nas democracias contemporâneas os tribunais constitucionais têm a função de *arbitrar as tensões* entre os direitos fundamentais e a soberania popular<sup>162</sup>. Essa curiosa definição de jurisdição constitucional, em que pese pouco ortodoxa, foi prontamente assimilada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo utilizada para fundamentar decisões e justificar a legitimidade da Corte para decidir questões controvertidas e de largo alcance político e jurídico. Vejamos o que disse o Min. Celso de Mello em seu voto na ADI nº 4.277/DF diante dos questionamentos sobre legitimidade constitucional de atuação do STF na matéria em espécie:

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em **árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política**, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional. **Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal** está a proferir neste julgamento, que representa verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País.<sup>163</sup> (grifo nosso)

Por fim, tangente à função representativa, importante ainda destacar a possibilidade defendida por alguns teóricos do neoconstitucionalismo de atuação da corte constitucional que não corresponde à vontade do Congresso nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas sim à um ideal de justiça que seria alcançado pelos juízes através do uso da razão, decidindo para além das vontades políticas hegemônicas do momento. Essa função, que superaria a natureza simplesmente representativa da corte constitucional, Barroso chama de *iluminista*<sup>164</sup>.

Acerca do Iluminismo, Barroso disserta que se trata de um movimento filosófico abrangente que põe a razão no centro do sistema de pensamento, que se dissocia da fé e

---

<sup>162</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 34.

<sup>163</sup> Voto do Min. Celso de Mello na ADI nº4.277/Distrito Federal. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011. p 264.

<sup>164</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, N. 4, p. 2179-8966, 2018. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 59.

dogmas da teologia cristã em busca de um ideal de liberdade, conhecimento e defesa de direitos naturais inalienáveis no “avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas”<sup>165</sup>. Nesse sentido, a *razão humanista* “conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens”<sup>166</sup>.

Desse modo, certo de conhecer o caminho do progresso universal, Barroso defende a intervenção dos tribunais constitucionais para “empurrar a história quando ela emperra”<sup>167</sup>. Dentro dos estados constitucionais modernos, continua o jurista, o poder emana da vontade majoritária e das instituições políticas através das quais ela se manifesta (legislativo e executivo). No entanto, vez por outra, a vontade majoritária precisa ser contida, dobrando-se à Razão encarnada na corte constitucional que passa a agenciar o processo político, guiando o povo rumo ao porto seguro do progresso<sup>168</sup>.

Como exemplo de atuação *iluminista*, Barroso cita *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte do EUA, baseada em estudos de ciência social, superou o “senso comum majoritário que escondia o preconceito por trás da doutrina do separados, mas iguais e na consequente mudança de paradigma em matéria racial”<sup>169</sup>. No Brasil, são citados como exemplos de decisões iluministas a ADI 4.277, que permitiu a união civil de pessoas do mesmo sexo; e a ADI 4.983, que declarou a inconstitucionalidade de lei que regulamentava a prática esportiva da vaquejada no estado do Ceará.

Adverte, por fim, Barroso de que a função iluminista inerente à corte constitucional é “perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”<sup>170</sup>. Em que pese o alerta feito, falece à teoria do famoso constitucionalista parâmetros para que se verifique o acerto da corte constitucional quando age *iluministicamente* ou quando age

---

<sup>165</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019. p. 25.

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 60.

<sup>168</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019. p. 26.

<sup>169</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019. p. 27.

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, N. 4, p. 2207.

tornando-se instância hegemônica de poder<sup>171</sup>, sobre essa questão, aprofundaremos a crítica no último capítulo deste trabalho.

### 3.6.4 A superação do modelo de separação dos poderes

A doutrina da separação dos poderes se estabeleceu nos estados constitucionais modernos como um axioma político. Apesar de muito antigo, foi somente com Montesquieu, no século XVIII, que a teoria da separação dos poderes se manifestou como meio de garantia da liberdade contra o arbítrio estatal<sup>172</sup>. Com a formação dos estados nacionais modernos na Europa e América do Norte, a separação dos poderes se fixou como um mecanismo essencial de funcionamento do estado e garantia das liberdades individuais, afinal somente *le pouvoir arrête le pouvoir*.

É certo que a ideia de *separação* fora desde cedo aperfeiçoada, basta observar o modo que a Constituição Norte-Americana, ao invés de propugnar a *separação* dos poderes, assimilou o referido princípio na forma da *checks and balances*, onde os poderes são coordenados e independentes, e as funções estatais devem ser fracionadas entre vários órgãos, colaborando entre si mediante controle recíproco<sup>173</sup>. Assim como o modelo clássico de separação de poderes, o sistema de *checks and balances*, além de objetivar a limitação do poder, também implica num instrumento de divisão do trabalho e otimização das funções estatais. Esse modelo, insta notar, foi assimilado no Brasil desde a Constituição de 1891.

No entanto, a partir da segunda metade do século XX, o aparentemente sólido princípios de separação dos poderes passou por um processo de relativização, com destaque especial para a colocação feita pelos neoconstitucionalistas.

O advento do estado de bem-estar social no século XX, em razão de suas profundas implicações políticas quando comparado às formas anteriores de organização estatal (estado

---

<sup>171</sup> Vide crítica feita por Diego Werneck Arguelhes em “O Supremo que não erra” (ARGUELHES, Diego Werneck. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 81 e ss.

<sup>172</sup> SOUZA, José Soriano. Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional. Recife: Casa Editora. 1893. p. 90

<sup>173</sup> CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017p. 294

liberal), foi um fator preponderante na relativização do princípio da separação dos poderes, e nesse sentido, Karl Loewenstein<sup>174</sup>, considerando o princípio da separação dos poderes na sua formulação clássica, argumenta que o referido instituto não é essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como “verdade evidente e válida para os tempos modernos”<sup>175</sup>. Segundo Loewenstein, a separação dos poderes nos estados modernos teria surgido como uma exigência da ideologia do liberalismo político contra o absolutismo monárquico dos séculos XVII e XVIII. Assim sendo, desmantelado o estado-leviatã de outrora, o racionalismo liberal visava destruir o “misticismo estatal do absolutismo divino da monarquia”<sup>176</sup> através da separação dos poderes, o que garantiria, em última análise, a liberdade individual contra o estado. No Constitucionalismo Liberal, conclui o estudioso alemão, a separação de poderes é princípio essencial na concepção do Estado de Direito<sup>177</sup>, mas, ultrapassado o paradigma do estado liberal oitocentista, o princípio da separação dos poderes perde parcialmente sua significação política em favor do cumprimento de um papel que enfatiza a separação dos poderes como uma técnica para a otimização do desempenho dos poderes estatais na realização das promessas constitucionais; o estado, não sendo mais um aparelho de realização dos caprichos dos monarcas, deixaria de ser visto como fonte “maligna” de poder contra a qual deve o cidadão comum deveria lutar, e se torna instrumento de justiça à serviço do povo. Loewenstein explica que a separação de poderes se tornou – nos estados constitucionais do pós II Guerra Mundial – uma solução para o problema técnico da divisão do trabalho dentro da organização dos poderes estatais. E encerra seu argumento, dizendo que:

Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del estado. El concepto de *poderes*, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión *separación de funciones* a la de *separación de poderes*<sup>178</sup>. (grifo original do autor)

---

<sup>174</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel. Barcelona. Espanha. 1979.

<sup>175</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel. Barcelona. Espanha. 1979. p. 56

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> Ibidem.

<sup>178</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel. Barcelona. Espanha. 1979. p. 54. Em português: “O que é certo, mesmo que erroneamente, é designado como a separação dos poderes estatais, é na realidade a distribuição de determinadas funções estatais entre diferentes

Ferrajoli, comentando sobre esse mesmo princípio<sup>179</sup>, sustenta que a conceituação clássica de divisão dos poderes está ultrapassada para os padrões dos estados sociais modernos, que sendo muito mais complexos e incumbidos das mais diferentes atribuições, não poderia dividir os poderes simplesmente (legislativo, executivo e judiciário), como era feito no passado, sob o paradigma do estado liberal. E acrescenta, dizendo que:

Si todo esto es verdadero, debemos reconocer, me parece, que la clásica separación dieciochesca de los poderes que se remonta a MONTESQUIEU es, hoy, inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las modernas democracias y, sobre todo, para fundar en ella la estructura garantista. Es inadecuada sobre el plano descriptivo, dado que es desmentida por todos los sistemas políticos parlamentarios, donde el gobierno tiene la confianza de la Cámara y la relación entre ejecutivo y legislativo no es, por tanto, de separación sino de participación. Pero es inadecuada también sobre el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy asignada a la esfera pública no es íntegramente clasificable en la tripartición de MONTESQUIEU. En particular, todas las funciones administrativas generadas por el desarrollo del Estado social —la escuela, la salud, la previsión y similares— no son, para nada, funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, análogamente al de la función judicial, consiste en la comprobación de sus presupuestos legales y requiere, por ello, no ya dependencia y control sino, al contrario, independencia de las funciones de gobierno, es decir, del poder ejecutivo, dentro del que se han desarrollado, en cambio, fuera de todo diseño constitucional.<sup>180</sup>

---

órgãos do estado. O conceito de poderes, que é profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa. Na exposição seguinte, você preferirá a expressão separação de funções em vez de separação de poderes”.

<sup>179</sup> Na íntegra, diz: “Cuando se habla de separación se alude sobre todo a la clásica doctrina de Montesquieu de la separación entre poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo, concebida en referencia a sistemas políticos incomparablemente más simples que los modernos. Desde entonces y con el desarrollo del estado social ha crecido constantemente las funciones de gobierno y de garantía confiadas a la esfera pública. Como se verá en la parte cuarta, en las modernas democracias la red de los poderes que reclaman ser (o no ser) representativos, divididos o separados resulta bastante más compleja de lo que sugiere aquella tripartición dieciochesca: además de las relaciones entre los tres clásico poderes del Estado, existen relaciones entre poderes estatales, supraestatales e interestatal; entre poderes federales, estatales y regionales; entre poderes económicos y poderes públicos; entre poderes de creación legislativo y poderes de aplicación del derecho; entre poderes decisoriales y poderes de control; entre funciones de acusación y funciones judiciales. Por tanto, los problemas de los fundamentos de la representación, así como los de la división y la separación de poderes deben reformularse.” FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 823

<sup>180</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Uma discussão teórica*. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008). ISSN: 0214-8676. pp. 429. Em vernáculo: “Se tudo isto for verdade, parece-me, que a clássica separação de poderes do século XVIII, que remonta a MONTESQUIEU, é, hoje, inadequada para dar conta da complexidade da esfera pública das democracias modernas e, acima de tudo, , pois nele fundou a estrutura de garantia. É inadequado a nível descriptivo, dado que é negado por todos os sistemas políticos parlamentaristas, onde o governo tem a confiança da Câmara e a relação entre executivo e legislativo não é, portanto, de separação, mas de participação. Mas também é inadequada a nível axiológico, dado que o enorme número de funções hoje atribuídas à esfera pública não é totalmente classificável na tripartição de

Partindo destes argumentos, os neoconstitucionalistas sustentam a insuficiência da teoria de separação dos poderes na sua formulação tradicional para atender às necessidades dos estados modernos, possuidores de constituições repletas de direitos, não só pessoais e políticos, mas também sociais, além de uma intrincada disposição de funções e competências entre os poderes. Com agudeza – e um pouco de ironia – tratando desse movimento de “expansão” das constituições modernas, preleciona Sartori:

A grafomania constitucional começou, de modo geral, depois da Segunda Guerra. A constituição japonesa de 1947 tinha cerca de duas vezes a extensão da Constituição Meiji que precedeu; no entanto, era razoavelmente sucinta, em comparação com as constituições contemporâneas. (...) O “salto quântico” ocorreu em 1950, com a Constituição da Índia, que tinha 395 artigos, além de alguns anexos detalhados. Mas a Constituição brasileira de 1988 possivelmente bate o recorde: é uma *novela* do tamanho de um catálogo telefônico, com 245 artigos, mais de 200 disposições transitórias. É uma constituição repleta não só de detalhes triviais como de dispositivos quase suicidas e promessas impossíveis de cumprir.<sup>181</sup>

No Brasil, esse fenômeno de relativização do princípio de separação dos poderes exerce um importante papel no fenômeno de expansão da jurisdição constitucional analisado neste trabalho dissertativo. A superação do princípio de separação dos poderes como dogma político de organização estatal, foi sem dúvida etapa importante no processo de ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal em ações de controle de constitucionalidade em que se contesta a autoridade do tribunal para conhecer e decidir sobre certas matérias que se entende como sendo de competência exclusiva da administração pública ou do legislativo. Para citar alguns exemplos, é matéria pacífica no Supremo Tribunal Federal que não há ofensa ao princípio de separação dos poderes a implementação forçada por meio de decisão judicial de políticas públicas que tenham fundamentação constitucional. Citemos alguns exemplos.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio de ação civil pública, pleiteou a construção de vagas em abrigos do município para pessoas em condição de rua. O TJRJ julgou procedente o pleito, determinando a construção do abrigo em questão. O

---

MONTESQUIEU. Em particular, todas as funções administrativas geradas pelo desenvolvimento do Estado social - escolas, saúde, segurança social e similares - não são, de todo, funções de governo, mas antes funções de garantia cujo exercício, análogo ao da função judicial, Consiste na verificação dos seus pressupostos legais e, portanto, não exige dependência e controle, mas, pelo contrário, independência das funções de governo, isto é, do poder executivo, dentro do qual se desenvolveram, por outro lado, fora de todo desenho constitucional”.

<sup>181</sup> SARTORI. Giovanni. Engenharia Constitucional: Como mudam as constituições. Brasília: Editora UNB. 1996. p. 211

Município recorreu ao STF alegando que a decisão do Tribunal de Justiça estava eivada de inconstitucionalidade, pois contraria, entre outros dispositivos, a disposição do art. 2º da CF/88, que lhe asseguraria a independência na implementação das políticas públicas em espécie. Analisando o feito, o Min. Joaquim Barbosa confirmou o acórdão do TJRJ, dizendo que

(...)é permitido ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes.<sup>182</sup>

Os exemplos de implementação de políticas públicas por meio de ação judicial, e confirmados pelo STF, são inúmeros<sup>183</sup>. No entanto a questão da separação de poderes, apesar de sempre invocada, não é rebatida, valendo-se os ministros de casos precedentes para dizer, com pequenas variações argumentativas, que o “poder Judiciário (...) pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes”<sup>184</sup>. Em quase todos os casos analisados<sup>185</sup>, direta ou indiretamente, os ministros fazem referência à um caso específico, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 do Distrito Federal<sup>186</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello, que se tornou paradigmática, marcando uma virada de chave da Suprema Corte nesta matéria.

A ADPF nº 45 foi proposta contra a o veto presidencial ao §2º do artigo 59 da Lei nº 10.707, de 31 de julho de 2003<sup>187</sup>, argumentando que o veto teria restringido a obrigatoriedade da aplicação mínima de recursos que seriam destinados à ações e serviços públicos de saúde, o que violaria o Art. 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, além de mais alguns artigos da própria Constituição. A Advocacia

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 634.643/RJ. 2012. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2533792>>.

<sup>183</sup> Só para citar alguns exemplos: RE nº 417.408/RJ-AgR, Primeira Turma, DJe de 26/4/12; ARE nº889.658/RS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 13/8/15 (RE nº 559.646/PR-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 24/6/11 (RE nº 367.432/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/5/10; RE nº 410.715/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3/2/6; RE nº 440.028/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio DJe de 26/11/13) RE nº 595.129/SC-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º/7/14)

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 839629 AgR/DF – Distrito Federal. Min. Rel. Dias Toffoli. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur341214/false>>

<sup>185</sup> Vide nota de rodapé 135 e demais casos citados ao longo deste capítulo.

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF nº45/DF de 2003. Min. Rel. Celso de Mello.

<sup>187</sup> A Lei nº 10.707, de 31 de julho de 2003 foi a proposta orçamentária para Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2004.

Geral da União apresentou parecer sustentando o não cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental no caso em espécie, haja vista a natureza política discricionária do veto presidencial, “insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º, caput, da Lei nº 9.882/99”<sup>188</sup>. Fundamentando seu posicionamento, a AGU trouxe a jurisprudência até então aplicada pelo STF<sup>189</sup>, e asseverou que:

Cumpra aduzir que o pedido do Arguente, também, é impossível e contraria a jurisprudência mansa e pacífica do Augusto Pretório no sentido de não ter o STF atribuições de legislador positivo. Caso o Augusto Pretório, substituindo a competência dos Deputados e Senadores, em sessão conjunta, para apreciar o veto presidencial, deferisse medida cautelar para derrubar o veto do Executivo e, assim, dar vigência a texto de parte do projeto de lei vetado, estaria os Ministros de nossa Corte Constitucional assumindo a posição de legisladores positivos, com ingente arranhão ao dogma da constituição da Separação dos Poderes.<sup>190</sup>

Apesar do apelo da AGU, na ADPF nº 45 houve uma mudança de entendimento da Corte sobre a matéria. O Min. Celso de Melo, inovando em sua análise, decidiu que ao Supremo Tribunal Federal é conferida a atribuição de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de o Poder Público comprometer a integridade da própria Constituição<sup>191</sup>. Faz ressalvas, o Ministro, dizendo que “não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas”<sup>192</sup>, mas que, excepcionalmente, é possível que o tribunal assim atue quando o descumprimento por parte dos órgão políticos comprometerem “a

---

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF nº45/DF de 2003. Min. Rel. Celso de Melo, p. 99 do processo original.

<sup>189</sup> ADPF nº 1-7/RJ. Ministro Relator: Néri da Silveira.

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF nº45/DF de 2003. Min. Rel. Celso de Melo. Trecho extraído da p.101, parecer do consultor da União, Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho.

<sup>191</sup> Na íntegra, diz o ministro relator: “(...) não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF nº45/DF de 2003. Min. Rel. Celso de Melo, p. 148 do processo original.)

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF nº45/DF de 2003. Min. Rel. Celso de Melo, p. 149 do processo original.

eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”<sup>193</sup>. E conclui o raciocínio dizendo que:

Cabe assinalar, presente esse contexto, que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.<sup>194</sup>

Mas adiante em seu voto, como que antecipando as críticas sobre a violação do princípio de separação dos poderes e as decisões proferidas pela Corte até aquele momento, o ministro relator assevera que:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, *cumpre reconhecer que não se revela absoluta*, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.<sup>195</sup> (grifos no original)

Por fim, apesar de restar prejudicada a ação pela perda superveniente do objeto, o Min. Celso de Mello declara a autoridade da Corte para julgar o mérito do veto presidencial, e – citando Krell<sup>196</sup> – defende a necessidade de “revisão do vetusto dogma da Separação de Poderes”<sup>197</sup>, especialmente quando se trata da garantia da prestação de “serviços básicos no Estado Social”<sup>198</sup>.

Deixando a crítica sobre a relativização deste princípio para o capítulo seguinte<sup>199</sup>, podemos concluir de que modo a defesa de uma suposta “superação” do modelo de separação dos poderes é fator que contribui para autorizar e justificar a atuação das cortes constitucionais (nos casos analisados, do STF) em matérias que se poderia dizer ser de atribuição do poder legislativo ou executivo. No momento em que esses limites entre os poderes se obliteram, a corte constitucional se arroga a função/dever de zelar e promover o

---

<sup>193</sup> Ibidem.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF nº45/DF de 2003. Min. Rel. Celso de Mello, p. 150 do processo original.

<sup>195</sup> Ibidem.

<sup>196</sup> KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. ADPF nº45/DF de 2003. Min. Rel. Celso de Mello, p. 150 do processo original. p. 152 do processo original.

<sup>198</sup> Ibidem.

<sup>199</sup> No capítulo 4.1.2, analisaremos criticamente o fenômeno da superação do princípio da separação dos poderes.

mandamento constitucional que julgar bem conveniente, sem que isso possa causar qualquer tipo de constrangimento aos demais poderes do estado. Esse é o efeito imediato que se tem observado com o enfraquecimento da ideia de separação dos poderes como proposto pelos teóricos do Neoconstitucionalismo.

## 4 EXAME CRÍTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROPOSTA PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

### 4.1 OS POSTULADOS TEÓRICOS DO NECONSTITUCIONALISMO E SEUS DESAFIOS

O Neoconstitucionalismo é uma corrente jurídica tão rica quanto recente, e talvez por esse motivo não tenha sido ainda possível desgastar as arestas do erro que naturalmente se fazem presentes em qualquer novo sistema de pensamento. O Brasil, ávido por se livrar de um passado recente marcado pelo abuso das autoridades civis com o aval do formalismo jurídico de outrora, parece ter assimilado sedento a panaceia teórica do Neoconstitucionalismo na esperança de ter descoberto a solução para os principais problemas, não só de Direito, mas também de ciência política, sociologia, filosofia, hermenêutica etc. Em que pese as valorosas contribuições do Neoconstitucionalismo para a ciência do direito (inclusive para resolução de casos práticos nos tribunais), não se pode deixar de notar alguns pontos que indicam a necessidade de aperfeiçoamento da teoria e esclarecimentos dos conceitos propostos.

Neste trabalho dissertativo não temos a pretensão de fazer uma crítica geral ao Neoconstitucionalismo, mas apenas suscitar as aporias de alguns de seus postulados teóricos no que diz respeito à jurisdição constitucional e o desafio de harmonizá-los com os mandamentos positivados na Constituição pátria. Para tanto, voltaremos a alguns dos postulados da teoria Neoconstitucional explicitados no capítulo anterior, analisando-os criticamente a fim melhor aproveitar as contribuições e *insights* trazidos pelos renomados juristas que o sustentam, tudo isso em favor do mais leal cumprimento da Constituição Federal de 1988 e os seus princípios de Justiça.

#### 4.1.1 A separação dos poderes

No capítulo anterior<sup>200</sup> abordamos o princípio de separação dos poderes e a sua relativização como operada pelo Neoconstitucionalismo. Naquela oportunidade, por uma questão de clareza, nos omitimos em tratar de graves problemas que encontramos na definição e justificativa para relativização do princípio de separação dos poderes como tratados pelos

---

<sup>200</sup> Ponto 3.6.5

teóricos que analisamos. Mais ainda, não se pode olvidar dos efeitos profundos dessa relativização como forma de justificação da expansão da jurisdição constitucional que se observa nas cortes constitucionais e, em especial, no Supremo Tribunal Federal.

O Neoconstitucionalismo sustenta que o princípio de separação de poderes tem sua importância diminuída em razão da suplantação do ideal de estado liberal oitocentista pelo estado de bem-estar social moderno<sup>201</sup>. Na lógica liberal clássica, como explica Loewenstein<sup>202</sup>, o estado – trazendo à memória a figura aterradora do leviatã – seria um *mau* a ser dominado, servindo a separação de poderes como meio limitador da força estatal. No século XX, continua o jurista alemão, com o triunfo do estado de bem-estar social e o distanciamento dos estados absolutistas europeus dos séculos passados, a separação dos poderes perde seu sentido de ser como instrumento de controle do poder estatal, e se torna, antes de mais nada, um meio de otimizar a performance da administração pública por meio de separação das tarefas, especialmente através da *cooperação de poderes*. A partir de uma argumentação deste tipo, teóricos do neoconstitucionalismo<sup>203</sup> relativizam a importância da separação do referido princípio e advogam pelo modelo de cooperação entre os três poderes, onde o judiciário, especialmente através das ações de controle de constitucionalidade, deveria atuar supletivamente ao executivo e legislativo em busca da efetivação dos ditames constitucionais. Devemos iniciar nossas observações tratando da definição de poder.

Várias são as objeções que surgiram ao longo da história contra a teoria da divisão de poderes. Argumentam, alguns, que se trata de um mecanismo de controle de poder ilusório, quando não puramente retórico; se diz, ainda, que a divisão levada a cabo implicaria na total imobilização do estado, já que o movimento dependeria, necessariamente, de um desequilíbrio entre as forças. Os Neoconstitucionalistas, por sua vez, falam da desnecessidade da divisão de poderes como proposta originalmente, ou seja, como forma de limitação do poder político nos estados modernos, pelas razões que expomos acima, e mais

---

<sup>201</sup> Para maior aprofundamento sobre esse tópico, remetemos o leitor às páginas 69 e ss.

<sup>202</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel. Barcelona. Espanha. 1979. p. 56 e ss.

<sup>203</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pincipia iuris. Uma discusión teórica. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008). ISSN: 0214-8676. pp. 429. CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017. p. 294

aprofundadamente em tópico específico no terceiro capítulo. Muitas dessas críticas podem se resolver quando se tem claramente o que significa a divisão de poderes no estado.

A divisão que se faz entre poder executivos, legislativo e judiciário é, em fato, puramente mental. Deve-se ter a compreensão clara da diferença existente entre uma distinção puramente intelectual, e uma separação de fato. Romagnosi, em passagem de nitidez brilhante, explica que *distinção* é ato da razão especulativa que divisa características de um certo ente ou seu o modo de ser ou existir. Essa *distinção* é operada abstratamente, obra puramente intelectual sem correspondência ontológica ao ente que se analisa. *Separar*, por outro lado, é dar existência própria e real àquelas características ou modos de ser do objeto como podendo existir independente do todo, ao qual se liga apenas *acidentalmente*<sup>204</sup>. Destarte, o poder estatal é sempre uno, indiviso enquanto agente abstrato, o que não impede que se divida, quanto ao exercício, entre vários órgãos<sup>205</sup>.

O poder estatal, enquanto verdadeiramente soberano, não se divide<sup>206</sup>, e existência de pluralidade de órgãos não destrói a unidade do poder estatal, pois da mesma forma que corpo animal apenas existe em razão da diversidade de funções exercidas pelas muitas diferentes células, o corpo estatal existe através dos diferentes órgãos que o compõe, sem que jamais se perca a unidade. Ainda nos servindo da comparação biológica, pode-se esclarecer que na medida em que se torna mais complexo o ser vivo, mais se exige diferenciação dos órgãos; coisa análogo se dá com os organismos sociais:

Nas fases primordiais, as funções estão, de facto, concentradas nas mãos de um indivíduo que sozinho as desempenha. É o chefe da tribo, por exemplo, que simultaneamente atua como rei, legislador, sacerdote e juiz. Mas isto, que é possível nas fases embrionárias, toma-se menos viável nas fases posteriores, em que se desenvolvem e aperfeiçoam as funções do Estado. Nesse momento toma-se necessário o aumento do número dos órgãos e uma sua distinção, correspondente à diversidade de funções.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Instituzioni di civile filosofia di giurisprudenza teoria*. Firenze: Nella Stamperia Piatta. 1839. p.560

<sup>205</sup> VECCHIO, Giorgio Dell. *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª Edição. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado. 1979. p. 479.

<sup>206</sup> REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 143

<sup>207</sup> VECCHIO, Giorgio Dell. *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª Edição. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado. 1979. p. 479.

Como bem ilustra Del Vecchio, a separação dos poderes surge como *necessidade técnica* na história do desenvolvimento do estado, com a exigida diferenciação/especialização dos agentes estatais para cumprir com as funções crescentes em complexidade das instituições públicas. Em seguida na história, é que separação de poderes se torna meio de coibir os abusos por parte do estado. Ao que parece, é apenas observando essa faceta prática da divisão de poderes que os neoconstitucionalistas consideram a separação de poderes, deixando em segundo plano o referido princípio como instrumento de organização do poder estatal para garantia das liberdades individuais face à concentração desmedida de poder.

Comparato assevera que a separação dos poderes, como proposta tradicionalmente, surge como necessidade da ascendente classe burguesa do *nouveau regime* e seu desejo de estabilidade e segurança, valor que atenderia apenas aos interesses daquela classe como nova ocupante do vértice social<sup>208</sup>. Continua, o professor paulista, informando que o modelo de constitucionalismo liberal (e seu inerente princípio de separação dos poderes) compreende como sendo tarefa única do estado propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, as condições de segurança ao cidadão individualmente considerado<sup>209</sup>. Somente dentro dessa lógica que se poderia conceber a separação do como garantia das liberdades individuais contra eventuais abusos de poder do estado. O estado de bem-estar social, dentro do qual o neoconstitucionalismo floresce como resposta ao constitucionalismo clássico, modifica essa lógica, pois, nas palavras de Comparato:

Em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática –, certos objetivos predeterminados.<sup>210</sup>

Desse modo, a razão de ser do estado passa a ser a “progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país”<sup>211</sup>, e a ideia de liberdade, tão cara no passado, ficaria em segundo lugar, dando preferência ao princípio de eficiência na separação dos poderes. Nesse sentido, Neuborne explica que a doutrina tradicional (*the pure theory*) de separação dos poderes implica em um

---

<sup>208</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informações Legislativas, Brasília a. 35, n. 138, abr/jun. 1998. p 40.

<sup>209</sup> Ibidem. p. 43

<sup>210</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informações Legislativas, Brasília a. 35, n. 138, abr/jun. 1998. p 43.

<sup>211</sup> Ibidem.

“grau proposital de ineficiência”<sup>212</sup>, onde se sacrificaria a eficiência estatal em nome da pureza dos poderes<sup>213</sup>.

Ocorre que, analisando detidamente os desenvolvimentos teóricos da separação dos poderes nos estados liberais clássicos, pode-se concluir que não se advogava a separação estanque dos poderes, como descrito pelos neoconstitucionalistas e demais críticos da separação dos poderes como instrumento de proteção dos direitos individuais. Story, comentando a Constituição dos EUA ainda nos idos de 1830, já adverte que na constituição, quando se fala de separação dos poderes para indispensável proteção da liberdade não, se quer dizer isolamento completo dos poderes (*wholly and entirely separe-te and distinct*), pois uma relação de interdependência e conexão entre os poderes legislativos, executivos e judiciário sempre existe, são inevitáveis. O que se objetiva com a separação é que:

(...)the whole power of one of these departments should not be exercised by the same hands which possess the whole power of either of the other departments; and that such exercise of the whole would subvert the principles of a free constitution<sup>214</sup>.

Desse modo, a “inação estática”<sup>215</sup> de que se acusa produzir a separação de poderes não era desejo dos teóricos liberais.

Também dentro do paradigma liberal, Bluntschli defende a separação como espécie de cooperação entre os poderes, caso contrário, a separação completa e de fato (*trennung*) levaria a dissolução da unidade estatal<sup>216</sup>. Assim como no organismo humano dois são os elementos da soberania individual, a vontade (movimento interno) e a atividade (movimento externo), assim é também no estado, em que a vontade se manifesta na feitura das leis (legislativo), e atividade se manifesta no cumprimento da lei (executivo). Logo, dois são os poderes estatais,

---

<sup>212</sup> NEUBORNE, B. *Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States*. New York: N.Y.U. Law Review. Vol. 57. Jun-1982. p. 368

<sup>213</sup> Transcrevendo o autor diretamente, diz: “However, the “pure” theory has a fatal practical drawback. Strict separation of powers involves, as we shall see, a degree of *purposeful inefficiency*. Were courts to insist upon strict separation of powers doctrine whenever the government acts, we would sacrifice a good deal of efficiency without gaining very much” (NEUBORNE, B. *Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States*. New York: N.Y.U. Law Review. Vol. 57. Jun-1982. p. 368)

<sup>214</sup> STORY, Joseph. *Commentaries on the Constitution of The United States*. Vol I. 4ª Ed. Boston: Little, Brown and Company. 1878. p. 380. Em português, diria: “(...) todo o poder de um destes departamentos não deve ser exercido pelas mesmas mãos que detêm todo o poder de qualquer um dos outros departamentos; e que tal exercício do todo subverteria os princípios de uma constituição livre”

<sup>215</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília a. 35, n. 138, abr/jun. 1998. p 43.

<sup>216</sup> BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. *The Theory of the State*. 6ª Ed. Oxford: Clarendon Press. 1892. p.519

*legislativo e executivo*. Todo o resto é técnica de administração da coisa pública<sup>217</sup>. Neste mesmo sentido, em obra seminal, já dizia Rousseau que “*la loi veut, le roit fait*”<sup>218</sup>.

Assim, pode-se concluir, que os teóricos dos estados liberais não propunham uma divisão de poderes como, por vezes, os novos constitucionalistas fazem crer, como forma estática de distribuição das competências, mas sim como separação dinâmica de funções, que além das vantagens práticas em matéria de eficiência, é principalmente forma de se evitar abusos em razão da concentração de poder; um mecanismo de limitação entrincheirado na estruturação do estado<sup>219</sup>.

A CF/1988, em que pese ter rompido com muitas tradições das constituições anteriores, no que diz respeito a separação de poderes o constituinte repetiu, no art. 2<sup>a</sup> com modificações apenas estilísticas, o que preconizava o art. 15 da Constituição Federal de 1891: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”<sup>220</sup>. Em verdade, com exceção da Carta de 1937, o princípio de separação dos poderes se fez sempre presente. Destarte, nota-se uma continuidade na história das constituições federais do princípio de separação de poderes que não pode, como palimpsesto contrafeito, ser relativizado por simples especulação teórica. O princípio de separação não pode ser interpretado como mera *especialização funcional*, mas

---

<sup>217</sup> *Idem*.

<sup>218</sup> “Toda ação livre tem duas causas que concorrem para produzi-la: uma moral, a saber, a vontade que determina o ato; a outra física, a saber, a força que a executa. Quando vou em direção a um objeto, em primeiro lugar tenho de querer ir; em segundo lugar, meus pés têm de me levar. Um paralítico que quer correr e um homem ágil que não quer: nenhum dos dois sairá do lugar. O corpo político tem os mesmos móveis; nele também podemos distinguir a força e a vontade. Esta última com o nome de poder legislativo, a primeira com o nome de poder executivo. Nada é feito ou deve ser feito sem o concurso deles” (ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Companhia das Letras. Tradução: Eduardo Brandão. 2012. p. 84).

<sup>219</sup> Não se poderia, falando do valor da separação de poderes, deixar de fazer menção ao discurso de George Washington que, depois de servir como presidente dos EUA, em sua despedida da vida política, advertiu todo o *mundo livre* na seguinte toada: “It is important, likewise, that the habits of thinking in a free country should inspire caution in those entrusted with its administration to confine themselves within their respective constitutional spheres, avoiding in the exercise of the powers of one department to encroach upon another. The spirit of encroachment tends to consolidate the powers of all the departments in one and thus to create whatever the form of government, a real despotism. A just estimate of that love of power and proneness to abuse it which predominates in the human heart is sufficient to satisfy us of the truth of this position” (WASHINGTON, George. *Farewell Address to the people of the United States*. Washington: U.S. Government Printing Office. 2000. p19).

<sup>220</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1891. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>.

como meio de tutela dos direitos fundamentais<sup>221</sup>. Comentando o art. 2º da CF/88, bem coloca Streck<sup>222</sup> que a separação dos poderes é uma técnica em defesa da liberdade<sup>223</sup>, e acrescenta:

(...) o princípio da separação de poderes é estampado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu preceito XVI, o qual dispõe que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição. É de ressaltar a essencialidade que o dispositivo concede à divisão de poderes para a configuração da Constituição. Ou seja: se não há separação de poderes, não é possível dizer que há Constituição. Forma-se, assim, um vínculo indissolúvel, inerente. Sem a divisão de poderes, a própria definição de Constituição resta prejudicada, descaracterizada, uma degradação.<sup>224</sup>

Relativizando a importância do princípio de separação dos poderes, enfatizando o princípio de eficiência no cumprimento da lei (competência funcional), justifica-se a atuação extraordinária do poder judiciário em matérias que seriam, pela teoria tradicional de separação dos poderes, de competência do legislativo ou executivo. Essa relativização operada, somada a uma constituição como a CF/88 que, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, “transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas(...)”<sup>225</sup> é a fórmula para os descabros que se têm observado na suprema corte nacional, que sob a justificativa de poder, mais eficientemente, decidir certos litígios no lugar dos demais poderes, atua como se legislador fosse.

---

<sup>221</sup> ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Tradução: Isabelle M. Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 65 e ss.

<sup>222</sup> Interessante notar que o prof. Lênio Streck é um detrator do Neoconstitucionalismo, vide STRECK, Lênio: Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis->

[porqueabandoneineoconstitucionalismo#:~:text=E%20eis%20tamb%C3%A9m%20porque%20abandonei,repercuss%C3%A3o%20geral%20e%20jurisprud%C3%A2ncia%20defensiva.](https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-) Data de acesso: 17 de dezembro de 2022. STRECK, Lênio: Contra o Neoconstitucionalismo. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, Jan-Jun. p. 9-27.

<sup>223</sup> STRECK, Lênio Luiz; Oliveira, Fábio. Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 294.

<sup>224</sup> STRECK, Lênio Luiz; Oliveira, Fábio. Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 295-296.

<sup>225</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo. Revista Direito GV, jul-dez 2008. p. 446.

Este cenário, alimentado pelas teorias do Neoconstitucionalismo, conduz a uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil<sup>226</sup>, em que o Judiciário desponta com considerável protagonismo, em especial para tratar de temas sensíveis em matéria política. Tomemos como exemplo a antecipação terapêutica de fetos anencéfalos que, por causa da polêmica em torno do tema, os atores políticos preferiram decidir a disputa por meio de ação judicial<sup>227</sup>, em uma manobra que leva ao esvaziamento de poder das instâncias deliberativas e redução do debate público sobre matérias particularmente polêmicas.

O fato de os poderes legislativos empurrarem o debate para fora da esfera nominalmente política é o indício da existência de um descompasso entre a população seus representantes eleitos. A atuação supletiva do poder judiciário diante da inércia legislativa das câmaras de representação é um sinal, explica Leite<sup>228</sup>, de desequilíbrio no complexo sistema de separação de poderes, pois se permite que, através de sofisticadas técnicas jurídicas, um órgão supostamente neutro e não legitimado pelas urnas, decida, politicamente, no lugar daqueles que foram, de fato, eleitos para conduzir as instituições majoritárias<sup>229</sup>. E este procedimento não seria possível sem a relativização da separação dos poderes esteada pelo aparato teórico fornecido pelo neoconstitucionalismo.

O debate acerca da inação legislativa e correspondente reação da corte constitucional para o cumprimento dos preceitos constitucionais, abre o debate para que tratemos do fator democrático e questões de representação política através da jurisdição constitucional.

#### **4.1.2 O conceito de democracia e representação pela corte constitucional**

Como já tratado em tópico específico<sup>230</sup>, a democracia é conceito de ciência política condicionado historicamente. Desde a Grécia antiga e ao longo dos séculos a ideia de

---

<sup>226</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. São Paulo. Revista Direito GV, jul-dez 2008. p. 444.

<sup>227</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, N. 4, p. 2177.

<sup>228</sup> LEITE, Glauco Salomão. *Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira*. Revista Direito, Estado e Sociedade. nº 45, jul/dez 2014. p. 10.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> Tópico 3.5.1 e 3.5.2.

democracia foi se transformando, sempre atendendo às necessidades da época, mas preservando, ao fundo, uma linha de continuidade que permite sua identificação enquanto conceito, nomeadamente, o governo do número.

A natureza quantitativa da democracia é sua marca distintiva, e o estado liberal sua encarnação mais conspícua. O Neoconstitucionalismo, no entanto, se filia a uma outra acepção de democracia que se origina, importante dizer, bem antes do surgimento do próprio Neoconstitucionalismo, e por motivos e circunstâncias que ajudam a entender a singular definição que se passou a dar à democracia. Para tanto, é preciso examinar a visão que têm o novo constitucionalismo do indivíduo perante a sociedade e a questão da representação política.

A Teoria Crítica do Direito, com influência marxista, é um dos pilares da teoria Neoconstitucional, sem a qual não se pode compreender profundamente muitos de seus argumentos<sup>231</sup>. Partindo da análise da Teoria Crítica do Direito, e demais pensadores de tradição marxista, Díaz explica que para compreender a *verdadeira* definição de democracia é preciso entender primeiro a superação do individualismo como explicado por Hegel<sup>232</sup>.

Hegel crê na evolução universal do cosmo, onde tudo *deve* e a luta seria a lei de todas as coisas através do método que chamou de dialético<sup>233</sup>. A Ideia, através da dialética, evoluiria através de vários estágios até o Absoluto. Em um dos estágios intermediários haveria o espírito objetivo, que evoluiria através do direito, moralidade e, por fim, o costume, através do qual se desdobra a família, a sociedade civil e o Estado. Explica Díaz que Hegel faz uma distinção entre a sociedade civil e o Estado. O fim da sociedade civil (estágio evolutivo anterior ao Estado) é a pessoa concreta, o homem individual, de modo que na fase da sociedade civil cada indivíduo vive para si mesmo: “Lo que se propone la sociedad civil es lograr la seguridad y la protección de la propiedad y de la libertad personal. El interés de los

---

<sup>231</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista da EMERJ, v.4, n.15, p.11-47. 2001. p. 22.

<sup>232</sup> DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Espanha: Editorial Taurus. Edição do Kindle. 2010. p. 138

<sup>233</sup> VECCHIO, Giorgio Dell. Lições de Filosofia do Direito. 5ª Edição. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado. 1979. p. 154

individuos como tal es el último fin”<sup>234</sup>. A sociedade civil, conclui Díaz, é a sociedade da burguesia, do *laissez faire*, que vive de si e para si. É nesta fase da evolução social que o conceito tradicional de democracia (formal) se fixa como paradigma para os estados nacionais modernos. No entanto, o progresso é lei inexorável, e a fase da sociedade civil é superada dialeticamente dando lugar ao Estado.

A superação da fase da sociedade civil significa a superação do liberalismo individualista, quando se percebe a insuficiência do liberalismo para a satisfação dos interesses gerais da sociedade e a concentração de poder e riqueza, o que leva as massas à rebelião e ódio contra a ordem vigente, no desejo comum de se elevar acima da unidade sociedade civil por meio do Estado, onde o indivíduo se torna *cidadão*<sup>235</sup>. Nesta etapa, entra a contribuição de Marx, traduzindo o idealismo Hegeliano no materialismo dialético que permite, em última análise, uma superação real do estágio individualista em que estava presa a sociedade civil:

La superación de la “sociedad civil” (bürgerliche Gesellschaft) en el “Estado” constituye en Hegel una superación que, como toda su filosofía, posee un carácter netamente idealista. Es —cabe decir— una superación al nivel exclusivo de la filosofía y ello tiene su importancia tanto en sus aspectos negativos como positivos. Se subraya así que, a pesar de sus constantes manifestaciones y pretensiones en ese sentido, a pesar de la coherente dialéctica interna del sistema, *Hegel no logra encontrar los mecanismos cuya transformación permitiría superar realmente la “sociedad civil individualista” en el “Estado”*. Por eso en su “Estado” permanece en realidad como base la misma estructura individualista y capitalista de la anterior “sociedad civil”: *no hay en Hegel, puede concluirse, una verdadera superación real*. (...) La superación real de la sociedad burguesa individualista sería ya precisamente obra de Marx.<sup>236</sup> (grifo nosso)

Na sociedade civil, sob o paradigma do individualismo liberal, haveria uma tensão essencial entre o indivíduo e o estado, de modo que a concepção da época acerca das funções do estado na vida do indivíduo é marcada por um antagonismo insolúvel, além da atomização da sociedade que não permite uma democracia verdadeira, afinal os interesses dos indivíduos seriam incompatíveis entre si em um sistema econômico que exige a subjugação do vizinho. Essa tensão, sublinha Díaz, somente se resolveria com o fim do estado liberal e advento do

<sup>234</sup> DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Espanha: Editorial Taurus. Edição do Kindle. 2010p. 138

<sup>235</sup> Ibidem. p. 139.

<sup>236</sup> DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Espanha: Editorial Taurus. E-book. 2010 p. 150-151.

socialismo, pondo um fim às contradições da sociedade civil e pondo em marcha o progresso da humanidade<sup>237</sup>.

Marx insiste que é apenas por meio do socialismo que as massas poderão participar realmente do poder, pois “todos os movimentos históricos anteriores foram movimentos de minorias ou feitos no interesse de minorias. O movimento proletário é o movimento da imensa maioria, ou no interesse da imensa maioria”<sup>238</sup>. Esta última oração – no interesse da imensa maioria – guarda uma significação de alcance tremendo, que permitirá a elaboração teórica da democracia no seu sentido substancial a partir do século XX.

Lendo a passagem do Manifesto Comunista que acima transcrevemos, é difícil imaginar como a revolução do proletariado prevista por Marx poderia redundar num regime político de tipo totalitário que se rogava o título de democrático. Para compreender esse fenômeno, guardando na mente a citação que fizemos (*no interesse da maioria*), cabe uma breve repetição, para fins de contextualização, do que tratamos no tópico específico de democracia substancial.

A Rússia no início do século XX tinha oitenta por cento de sua população vivendo no campo, trabalhando a terra de modo não muito diferente do que ocorria na Idade Média<sup>239</sup>. Improvável que em um cenário deste tipo uma revolução proletária pudesse ocorrer, ainda mais quando se vê que o número de trabalhadores nas cidades era insignificante se comparado às nações mais avançadas no processo de industrialização, como a Inglaterra ou Alemanha. Como se poderia neste contexto se desenrolar um movimento de tipo popular encabeçado, como previa Marx, pela classe trabalhadora quando ela era minoritária, e não majoritária? A solução seria agir em seu nome, no seu interesse, como que por proxy. Desse modo, a revolução pôde ser levada a cabo e um novo governo pode ser instaurado por um número relativamente pequenos de pessoas, agindo *no interesse da maioria* existente, ou virtualmente existente, portanto, democrático.

Logo se nota que não seria possível cunhar de democrático um governo em que a maioria da população não tem participação se não fosse removido do conceito de democracia

---

<sup>237</sup> Idem. p. 154.

<sup>238</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Tradução[?]. São Paulo: Editora Sundermann. 2017. p.29

<sup>239</sup> PIPES, Richard. History of the Russian Revolution. New York: Alfred A. Knopf. 1995. p. 04

seu aspecto quantitativo essencial para substituí-lo pelo critério qualitativo, ou substancial. Kelsen explica que essa modificação na definição de democracia foi, em verdade, uma estratégia retórica – e porque não dizer propagandística – para se servir dos sentimentos positivos que as massas nutriam pela palavra democracia, que no século XX já estava indissociavelmente ligada à liberdade e dignidade humana<sup>240</sup>. Kelsen defendia ainda que a rejeição do conceito de democracia enquanto governo do povo e sua substituição por outro conceito, sobretudo pelo conceito de um governo *para* o povo, levaria a descaracterização deste sistema de governo, o que nos parece fazer sentido, pois, desde que *em nome do povo* se governe, se legitimaria um governo como sendo democrático. E caso o povo decidisse em contrário, caberia ao povo ser educado, e não os líderes do estado modificarem sua opinião.

Guardada as devidas proporções, vemos que a definição de democracia custodiada pelo Neoconstitucionalismo guarda semelhanças com as definições que tratamos acima. Dworkin, definindo democracia, adverte que a democracia não deve ser confundida com a governança da maioria, e que o fato de a maioria nem sempre conseguir o que deseja não pode ser visto como uma falha do sistema democrático<sup>241</sup>. A mais adequada definição de democracia, argumenta Dworkin, em um estado constitucional deve rejeitar a *premissa majoritária* (*majoritarian premise*) de que o governo deve fazer aquilo que as maiorias decidem, e em substituição deve-se adotar o conceito constitucional de democracia, que implica sujeição das maiorias aos limites constitucionalmente impostos e interpretados sob um prisma moral<sup>242</sup>. Filia-se, de modo, o Dworkin à definição substancial de democracia, como forma de governo em que há de se submeter à valores e princípios que colocam fora do alcance político direitos fundamentais.

Com outra terminologia, mas ideias semelhantes, Ferrajoli classifica como formal, ou procedimental, a democracia que consiste unicamente em um método de formação das decisões coletivas baseada na maioria numérica dos indivíduos que a apoiam:

---

<sup>240</sup> KELESEN, Hans. A Democracia. Trad. Ivone Castilho Benedeti. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 140.

<sup>241</sup> DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral Reading of the american constitution. Massachusetts: Havard University Press. 1996. P. 16-17.

<sup>242</sup> Assevera Dworkin que: "I will defend an account that does reject the majoritarian premise. It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational" (DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral Reading of the american constitution. Massachusetts: Havard University Press. 1996. p.17)

Podemos llamar formal o procedimental a esta definición de la democracia. De hecho, ella identifica a la democracia únicamente sobre la base de las formas y de los procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular: en otras palabras, sobre la base del ‘quién’ (el pueblo o sus representantes) y del ‘cómo’ (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sean. Incluso un sistema en el cual se decidiese por mayoría la supresión de una minoría sería, a la luz de este criterio, ‘democrático’.<sup>243</sup>

No Brasil, vemos nos escritos do Min. Barroso a mesma ideia de evolução da democracia que, além do elemento majoritário, implica numa dimensão substantiva, sem a qual não existe verdadeira democracia<sup>244</sup>. Se a característica essencial da democracia já não é participação do povo no governo senão sob princípios que os neoconstitucionalistas colocam como indispensáveis (liberdade, igualdade e justiça, por exemplo), são esses referidos princípios que se tornam a essência da democracia, e não a participação popular no governo. Poderíamos perguntar, ainda, o que se entende por estes princípios de justiça ou igualdade, afinal, vemo-os contemplados na Constituição, mas a definição não está dada por inteiro no próprio texto constitucional, ficando à cargo do intérprete definir seu conteúdo na aplicação a um caso concreto. Em termos práticos, isso significa dizer que os juízes do tribunal constitucional podem decidir se determinada lei deve ser invalidada ou não caso julguem que ela não corresponde ao ideal de democracia (ou justiça) que entendem como o verdadeiro.

Essa *substancialidade* que o neoconstitucionalismo tenta enxertar na definição de democracia traz à tona questões muito graves. A democracia contemporânea surge exatamente como produto da dúvida, da incerteza sobre a definição do bem comum, pois se objetivamente e com certeza se conhece o caminho do progresso e do bem comum, não há motivos para a democracia. No passado, se valendo das certezas absolutas de que se tinha sobre o que é a justiça, o bem e a verdade, não havia sentido em se ter um governo de tipo democrático, nesse contexto dizia St. Tomás de Aquino que é próprio do sábio reger e

---

<sup>243</sup>FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 77. Numa tradução livre: “Podemos chamar esta definição de democracia formal ou processual. Na verdade, identifica a democracia apenas com base nas formas e procedimentos adequados para garantir a vontade popular: por outras palavras, com base em “quem” (o povo ou os seus representantes) e “como” (a regra da maioria) de decisões, independentemente do seu conteúdo, quaisquer que sejam. Mesmo um sistema em que a supressão de uma minoria fosse decidida pela maioria seria, à luz deste critério, “democrático””.

<sup>244</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: A função representativa e majoritária. Revista Estudos Institucionais, Vol.2, 2016. p. 523.

governar<sup>245</sup>. Com o declínio da Escolástica como sistema filosófico central do pensamento ocidental e a rápida sucessão dos novos sistemas filosóficos que surgiram em seguida, provocou na mentalidade moderna um profundo ceticismo acerca da possibilidade de a inteligência humana conhecer a verdade objetivamente. Essa crise gnosiológica teve por efeito as diferenças entre as opiniões pessoais não serem mais gradadas em qualidade, pois já não havia referenciais absolutos, restando, portanto, apenas o número. É neste contexto que surgem as democracias de massa, especialmente a partir da Revolução Francesa onde se declara a igualdade universal entre as pessoas, não se concebendo como justo a submissão dos cidadãos à princípios de justiça que não fossem decididos pela maioria numérica de seus representantes.

O Neoconstitucionalismo, a partir do momento em que pretende resgatar a razão prática e reaproximar a moral do Direito<sup>246</sup>, leva a reentronização do direito natural (tema que será abordado do tópico seguinte). A defesa de uma democracia substancial aliado ao resgate de valores de justiça objetivos e a convicção na razão prática é a fórmula que permite a representação política das cortes constitucionais, especialmente por meio das ações de controle de constitucionalidade. A representação argumentativa, que tratamos em tópicos anteriores, depende igualmente destes postulados, o que significa dizer que se cai por terra a defesa de um direito natural, ou a possibilidade humana de uma *razão prática*, por arrasto se desfaz a possibilidade de uma representação argumentativa como proposta por Alexy. A questão do direito natural é tema de nosso próximo tópico.

## 4.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO NATURAL

Nos últimos três tópicos deste capítulo, vimos que a teoria Neoconstitucional empreende um resgate da aliança entre o direito e a ética, mas sem que se recorra à categorias metafísicas ou ideias abstratas de justiça. O Neoconstitucionalismo se apresenta como a

---

<sup>245</sup> AQUINO, Tomás. Suma Teológica. Vol. III. Tradução: Alexandre Correia São Paulo: Ecclesiae. 2016. p. 324.

<sup>246</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformada. São Paulo: Saraiva. 7ª Edição. 2010. p.164

síntese superadora entre o paradigma do positivismo e do jusnaturalismo, e nesse diapasão, bem sintetiza Barroso dizendo que:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam **o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva**. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como **uma superação do conhecimento convencional**. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.<sup>247</sup> (grifo nosso)

O neoconstitucionalismo, cujo referencial teórico é o pós-positivismo, enquanto alternativa ao positivismo tradicional ou o jusnaturalismo nas suas mais diferentes configurações, apresentam alguns desafios que, não resolvidos, põe abaixo todo o edifício Neoconstitucional e sua jurisdição constitucional expandida.

Em seus escritos, Ronald Dworkin apresenta um esquema simplificado do antagonismo entre duas correntes de pensamento que, no seu entendimento, disputavam o domínio sobre o Direito até a primeira metade do século XX: o positivismo jurídico e o direito natural<sup>248</sup>. Para o jurista norte-americano (que teve muitos seguidores e grande influência no meio Neoconstitucional, vide *El Canon Neoconstitucional*<sup>249</sup>) ambas as correntes dominantes apresentam graves insuficiências, que explicam o direito imperfeitamente e que devem, portanto, ser sanadas. O positivismo jurídico, escreve Dworkin, poderia ser resumido em um argumento de autoridade em que a norma se torna “uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político”<sup>250</sup>. Nesta definição, qualquer norma poderia ser de direito desde que pronunciada pela autoridade competente, de maneira que até os mais criminosos dos regimes políticos, sob esse prisma, receberiam a

<sup>247</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 169

<sup>248</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 38 e ss.

<sup>249</sup> CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Org. *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

<sup>250</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 42

chancela do direito – Dworkin dá como exemplo o regime Nacional-Socialista da Alemanha no início do séc. XX. Os erros desta concepção de direito, explica, se encontrariam na falta de critério objetivos para *aceitação e reconhecimento* da autoridade constituída<sup>251</sup>. O direito natural, por outro lado, cronologicamente anterior à concepção positivista do direito, se fundamentaria em outro, mas igualmente errado, pressuposto de que proposições jurídicas, mais do que dados factuais, seguiriam um critério moral, predeterminando e, frequentemente, baseado em concepções filosóficas de tipo metafísica do qual a validade da norma dependeria<sup>252</sup>. O neoconstitucionalismo resolveria essas contradições, se colocaria no meio-termo (*Middle-ground*) entre o direito natural e positivo, e se tornaria a alternativa mais adequada para o nosso tempo para interpretar e criar o direito.

No Brasil, vemos nos escritos e votos do Min. Barroso algo de semelhante ao defendido por Dworkin. Escreve Barroso que o Neoconstitucionalismo conduz a uma “superação do legalismo”<sup>253</sup>, mas sem que isso implique na revalidação do jusnaturalismo, pois não se recorreria a ideias abstratas ou metafísicas, e sim no “reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade; (...) mesmo que não positivados em um texto normativo”<sup>254</sup>. Ocorre que essa concepção de direito apresenta graves contradições internas e provoca, nos seus desdobramentos, atritos com as disposições positivadas na Carta Magna de 1988.

O Neoconstitucionalismo se propõe a ser uma terceira coisa entre o direito positivo e natural: encontramos aí o primeiro problema.

Entes há que só podem ser categorizados numa relação de tudo ou nada, por exemplo, ou algo existe ou não existe, é finito ou infinito, dado ou criado. Entendemos que assim é a concepção das normas de direito, que para os positivistas são *criadas* por um ato de vontade, e para os jusnaturalistas são *dadas*. O direito positivo ou natural são, nesse sentido, duas formas autoexcludentes de se compreender o direito, pois se concebe o direito como algo sobre o qual se tem controle e é criado (direito positivo), ou então enquanto existente por si, criado por Deus, natureza, deduzido da Razão etc. O neoconstitucionalismo, no entanto, não

---

<sup>251</sup> Idem., p. 42

<sup>252</sup> NALBANDIAN, Elise G. Notes on Ronald Dworkin's Theory of Law. *Mizan Law Review*. Vol. 3. Nº2, Set/2009. p. 371

<sup>253</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 169

<sup>254</sup> Idem.

admite pertencer a nenhuma dessas categorias, pois não concebe as normas de direito enquanto existes por si (incriadas), tampouco como simples resultante da ação humana ou autoridade qualquer. Desse modo o Neoconstitucionalismo se encontra num limbo, pois defende a aliança entre o direito e a moral, mas nega a existência de um sistema moral objetivo; defende princípios e ideias de justiça, mas diz não recorrer à *categorias metafísicas*, concepções subjetivas ou personalismos; fala na reabilitação da razão prática voltada a encontrar a resposta correta no caso concreto, mas defende que o direito não é dado, mas cocriado, onde o intérprete e a norma se fundem e confundem, tornando-se o direito um instrumento de transformação do mundo nas mãos de quem o aplica<sup>255</sup>.

Sobre a confusão entre o intérprete e a norma, trataremos deste assunto mais adiante quando da análise da ideologia que existe por trás do neoconstitucionalismo. Ocupar-nos-emos agora em demonstrar como a concepção de norma que propõe o Neoconstitucionalismo se assemelha a definição jusnaturalista do direito e os desdobramentos desta conceituação.

Analisando as críticas que o Neoconstitucionalismo faz ao positivismo, torna-se cada vez mais claro que esta teoria propõe uma relação de correspondência entre a norma e princípios de justiça cuja validade não se encontram imanentes no texto legal, mas em um ideal que, se não é possível de ser divisado por um indivíduo, ao menos é válido quando compartilhado pelos seus propugnadores. Nesse sentido, voltemos à citação do Barroso quando condiciona a adequação de uma decisão judicial aos “fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral”<sup>256</sup>. A leitura isolada deste excerto poderia levar a conclusão de que esta concepção de justiça tem algo a ver com o *compartilhamento* de valores comuns entre a sociedade que, em conjunto, validariam a decisão ou promulgação da lei, algo à semelhança de uma democracia deliberativa aplicada à justiça. Mas basta analisar, por exemplo, a função *iluminista* que a corte constitucional deveria desempenhar para concluirmos em sentido contrário.

---

<sup>255</sup> Sobre estes pontos, elencamos os seguintes escritos. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2009. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Org. El Canon Neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 78-79. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 169. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 29 e ss. FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights. 2<sup>nd</sup> Ed. New York: Oxford University Press. 2011. p. 21 (nota de rodapé).

<sup>256</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 169

Respondendo às críticas de sua defesa de uma corte *iluminista*, Barroso escreve que “A crítica à atuação do STF (...) provém mais de atores insatisfeitos com alguns dos resultados e de um nicho acadêmico minoritário que opera sobre premissas teóricas diversas das que vão formuladas aqui”<sup>257</sup>. Logo, se alguém discorda das decisões tomadas pela corte constitucional, isso se dá por não aceitar os postulados defendidos pelo Neoconstitucionalismo. O que implica dizer que caso a sociedade não apoie a decisão tomada pela corte constitucional, não caberia à corte modificar sua decisão para melhor *representar* a vontade popular, mas caberia ao cidadão aceitar os postulados que os neoconstitucionalistas defendem. Desse modo, fica no ar o que se quer dizer por *valores compartilhados*, pois, ao que parece, somente alguns valores específicos, quando compartilhados, preservam alguma importância para este grupo de teóricos. Lênio Streck, em artigo intitulado “Porque abandonei o Neoconstitucionalismo”<sup>258</sup>, trata exatamente desta problemática, dizendo:

Ora, sob a bandeira neoconstitucionalista (mas não só dele, porque o ponto central é a “moralização do direito” e o discricionarismo) vem sendo defendido, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização ad hoc da Constituição. (...) Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo. Nesse sentido, já de pronto é necessário indagar: de que modo se pode falar em “valores” em sociedades complexas (“pós-tradicionais”, como se refere Habermas) como as nossas?<sup>259</sup>

O Neoconstitucionalismo não fornece uma resposta clara para esta pergunta, que é absolutamente necessária pois, sobre ela, pretendem atribuir validade a todo sistema de normas. Esta é, diga-se de passagem, uma das características que fazem o Neoconstitucional se aproximar do direito natural, pois o que separa o direito positivo do natural, assevera Kelsen<sup>260</sup>, é o princípio de validade da norma. E por mais que o neoconstitucionalismo tente se separar da tradição jusnaturalista, torna-se evidente que se trata de mais uma das muitas concepções de direito natural, uma vez que atribuem a validade das normas – ou mesmo das

---

<sup>257</sup> BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p. 65.

<sup>258</sup> STRECK, Lênio Luiz. Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-eoconstitucionalismo#:~:text=E%20eis%20tamb%C3%A9m%20porque%20abandonei,repercuss%C3%A3o%20geral%20e%20jurisprud%C3%A2ncia%20defensiva>. Data de acesso: 17 de dezembro de 2022.

<sup>259</sup> Idem. p. 3.

<sup>260</sup> KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2015. p. 559.

decisões judiciais – como fora do próprio texto normativo. Kelsen assevera<sup>261</sup> que ao contrário das regras do direito positivo, as regras do direito natural não estão em vigor por terem sido criadas por uma autoridade humana, mas porque emanam de uma autoridade superior, fora do controle humano, podendo ser a Natureza, Deus, a Razão, ou o que for. É nesta distinção entre um princípio de validade *formal* ou *material* que se distingue uma norma de direito positivo ou natural, e o neoconstitucionalismo, ao que nos parece, se enquadra nesta segunda categoria.

Sendo uma espécie de direito natural, pode-se atribuir ao neoconstitucionalismo o ônus de justificar a validade intrínseca das normas, o que é um problema de difícil solução quando se nega a possibilidade de recorrer à metafísica. O direito tomado apenas em seu aspecto positivo, é válido formalmente porque criado de uma certa forma ou por certa autoridade, não recorre, portanto, a um valor substancial de “justeza” para se justificar. O Neoconstitucionalismo, ao condicionar à norma e decisões judiciais ao *justo*, insere, mesmo que inadvertidamente, no sistema normativo a questão do *valor*. Assim procedendo, o Neoconstitucionalismo, não se satisfazendo com a validade formal das normas, é conduzido à concepção naturalista do Direito, que demanda uma justificação da norma que a simples realidade dos fatos sensíveis não é capaz de fornecer, provocando a “intrusão da metafísica no domínio da ciência”<sup>262</sup>. Portanto, não vemos como possível a pretensão dos Neoconstitucionalistas de reunir o direito à moral sem que se recorra a metafísica.

O Neoconstitucionalismo não se limita a explicar a realidade normativa, mas justificá-la. E justifica-a supondo conhecer o que existe *por trás*, ou *acima*, da norma como percebida em sua dimensão formal e, em posse dessa habilidade de análise e percepção, se coloca como apto a julgá-la em termos de justiça ou *progresso*. Essa conclusão nos leva a importante distinção na concepção do direito natural que encontramos entre o Neoconstitucionalistas e o jusnaturalistas romanos ou medievais, pois, para os antigos, a ideia de progresso na justiça era totalmente estranha. Tratemos, então, da ideia de progresso e, como veremos no tópico seguinte, sua importância para a função representativa e iluminista da corte constitucional, que acaba por provocar, e justificar, a expansão e ativismo político das cortes constitucionais. Para tanto, pedimos vênias para uma pequena digressão filosófica, para que possamos

---

<sup>261</sup>Idem.

<sup>262</sup> KELSSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2015. p. 565.

arrematar confiantemente a questão que aqui sustentamos e indicar a problemática existe na convicção do progresso e seus efeitos no neoconstitucionalismo.

A ideia moderna de progresso se sustenta em uma confusão entre dois sistemas cosmológicos distintos e inconciliáveis. De um lado tem-se a cosmologia “pagã” tradicional, comum a quase todos os povos da antiguidade, que concebe o universo como devir eterno, cíclico, sem começo ou fim. Na cosmologia hindu, por exemplo, fala-se de uma era de ouro (*satya yuga*) e um era de ferro (*kali yuga*), e o cosmo estaria sujeito a um processo de contínua regeneração, até chegar à idade de ouro, e em seguida degeneração, até chegar a idade de ferro. Do outro lado, existe a cosmologia judaico-cristã, que concebe o universo como tendo um início (*fiat*) e um fim (*escaton*), não se admitido a existência de ciclos ou mesmo a ideia de regeneração em escala cosmológica, pois somente o indivíduo é que poderia se danar (degenerando-se) ou se salvar (regenerando-se) para a vida eterna<sup>263</sup>. Importante frisar que a possibilidade de salvação no sistema cristão é *individual, eterna e transcendente* (no céu, no além); enquanto no sistema pagão a “salvação” é *coletiva, temporal e imanente* (no próprio cosmo).

Em algum momento a partir do ano mil, período que historiadores não são capazes de precisar, ocorre no ocidente um fenômeno de tremenda importância: A ideia de estruturação cronologicamente linear do cosmo que caminha para um fim estável se mescla com a ideia de regeneração do sistema pagão, de modo que passa a falar de uma possibilidade de regeneração em escala cosmológica que não se sucedera a uma fase de decadência, mas num estado conquistado de coisas<sup>264</sup>. Note-se que na cosmologia pagã, assim como no símbolo yin-yang oriental, está presente a dualidade do cosmo: o progresso traz no seu ventre a decadência, e vice-versa, de maneira que a era de ouro ou ferro não é um estado fixo de coisas, mas uma fase sempre passageira. A ideia de pureza e estabilidade é própria da civilização ocidental judaico-cristã. Desse modo, devemos concluir, que a concepção moderna de progresso como

---

<sup>263</sup> BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The formation of the western legal tradition*. Cambridge/London: Havard University Press. 1983. p. 26-27.

<sup>264</sup> Berman esclarece que: “In the late 11th and early twelfth centuries, regeneration was for the first time seen as applicable also to the secular society. The reformers put themselves at the beginning and the end of a new secular time: They projected backward into the past in order to Project forward into the future. They saw themselves at a turning point in history, the beginning of a new age, which the thought would be the final age before the Last Judgment. This was a new interruption within the Christian era; it combined the Greek cyclical idea of return with the Hebrew idea of linear movement toward a predestined end and the earlier Christian ideia of a spiritual birth or rebirth” (BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The formation of the western legal tradition*. Cambridge/London: Havard University Press. 1983. p. 28).

uma conquista estável para todo o sempre, em benefício universal, se forma da mistura destes dois sistemas: a possibilidade de regeneração da cosmologia pagã, e a linearidade progressiva da cosmologia hebraica<sup>265</sup>. Esse fenômeno, chamado de Milenarismo, se deu inicialmente no meio religioso. Alguns reformadores da religião, como explica Berman<sup>266</sup>, já se valiam desta concepção milenarista do universo e passavam a questionar a autoridade dos reis, papas e nobres, cuja as leis não correspondiam ao *ideal de justiça*.

Nos séculos XVIII e XIX o milenarismo é esvaziado de sua carga messiânica e religiosa, fazendo o paraíso cair do céu para a terra: “When Christian eschatology was discarded by the Enlightenment and by liberal theology in the eighteenth and nineteenth centuries, a secular eschatology took its place<sup>267</sup>”. O socialismo, explica Berman, é exemplo bem significativo desse movimento de imanentização do paraíso na terra, onde é concebido um progresso desde os tempos mais remotos até um futuro brilhante de justiça que, quando conquistada, será permanente.

Voegelin esclarece<sup>268</sup> que é nesse diapasão milenarista, religioso ou secularizado, que as principais ideologias revolucionárias justificam as promessas futuras de uma sociedade ideal. Cada ideologia, crendo desvendado o sentido da História, julga conhecer do futuro como algo certo, sendo apenas uma questão de tempos para sua realização. Essa previsibilidade acerca do sentido ou futuro da História somente é possível dentro da estrutura cíclica do cosmo, como crida pelos povos antigos, pois a história estaria condenada a se repetir. É Hegel, como explica Hartmann<sup>269</sup>, que crendo ser a História o desenvolvimento do espírito objetivo no mundo – cujo fim, ser-para-si, é conhecido pelo filósofo – proclama o *fim último do mundo*: a completa libertação do ser no progressivo desaparecimento do negativo até retornar ao resplendor do absoluto<sup>270</sup>. No estágio final, através da auto-exposição pura e contínua do espírito que conhece a si mesmo, tem-se o fim de qualquer forma de alienação e a

---

<sup>265</sup> BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The formation of the western legal tradition*. Cambridge/London: Havard University Press. 1983. p. 28.

<sup>266</sup> Ideem.

<sup>267</sup> BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The formation of the western legal tradition*. Cambridge/London: Havard University Press. 1983. p. 27.

<sup>268</sup> VOEGELIN, Eric. *Science, Politics and Gnosticism*. Translated by Willaim J. Fitzpatrick. Gateway Editions: Indiana. 1968.

<sup>269</sup> HARTMANN, Nicolai. *A filosofia do Idealismo Alemão*. Tomo II: Hegel. Tradução: José Gonçalves Belo. 2ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1960. p. 633.

<sup>270</sup> HARTMANN, Nicolai. *A filosofia do Idealismo Alemão*. Tomo II: Hegel. Tradução: José Gonçalves Belo. 2ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1960. p. 635.

resolução de todas as contradições. Marx, que põe Hegel de ponta-cabeça<sup>271</sup> assimila a cosmologia hegeliana invertendo o sinal da fórmula, pois se Hegel considera a Ideia como tendo o primado sobre todas as coisas, para Marx é a matéria o primado da realidade, e o homem libertar-se, tomando consciência de si, é a meta da História<sup>272</sup>. Por mais distante que possa parecer à primeira vista, o Neoconstitucionalismo está aqui. A ideia da corte constitucional “iluminista” (como já vista em tópicos anteriores), ainda que não confessadamente, tem sua origem e justificação na concepção de História como acima tratado.

A concepção historicista de justiça ou “moral” que o Neoconstitucionalismo manifesta, é tributário da concepção de progresso dos teóricos idealistas, em especial Marx, como tratamos anteriormente. As críticas que são feitas a estas teorias, também devem ser feitas ao Neoconstitucionalismo. Se perguntarmos a um teórico do Neoconstitucionalismo porque a liberdade é um bem, ou porque a igualdade é desejável, não encontraremos resposta rigorosa, mas um convite para agir, transformar o mundo, “atuar sobre a realidade conformando-a”, afinal, todo processo é progresso, e todo progresso, conduzindo-nos ao fim da História, é um *bem*. Essa defesa do direito como “instrumento de transformação” do real nos conduz ao capítulo derradeiro de nosso trabalho dissertativo.

#### 4.3 A INSTRUMENTALIZAÇÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ciência e a técnica podem ser distinguidas conforme as duas manifestações da razão humana: a razão especulativa busca o conhecimento pelo conhecimento, produzindo a ciência; a razão prática busca o conhecimento para agir no mundo, produzindo a técnica ou

---

<sup>271</sup> Em passagem emblemática, diz Marx: “Meu método dialético, em seus fundamentos, não é apenas diferente do método hegeliano, mas exatamente seu oposto. Para Hegel, o processo de pensamento, que ele, sob o nome de Ideia, chega mesmo a transformar num sujeito autônomo, é o demiurgo do processo efetivo, o qual constitui apenas a manifestação externa do primeiro. Para mim, ao contrário, o ideal não é mais do que o material, transposto e traduzido na cabeça do homem” (MARX, Karl. O Capital. Vol. I Tradução: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo. 2016. p. 129).

<sup>272</sup> HIRSCHBERGER, Johannes. História da Filosofia Contemporânea. Tradução: Alexandre Correia. 2ª Ed. São Paulo: Herder. 1967. p. 51.

arte<sup>273</sup>. O direito não escapa a estas conclusões, pois pode ser visto como ciência ou como técnica.

Entre as civilizações primitivas, o direito é instrumento dos deuses, que punem e recompensam conforme se lhes agrada ou não a conduta humana; os juristas são *intérpretes* das vontades divinas, razão pela qual a função de juiz e sacerdote se confundem em civilizações antigas<sup>274</sup>. Com o passar do tempo, e melhor compressão acerca da natureza das normas, o homem toma consciência de ser o autor das leis, e incumbe uma classe social para a preservação e aplicação do *costume*, surge assim o jurista moderno, fazendo da lei um meio de execução da vontade da autoridade<sup>275</sup>. O fenômeno da codificação, explica Lacambra<sup>276</sup>, exacerba essa característica do direito, pois, argumenta, na medida em que a lei absorveu a justiça (*la lex absorbió enteramente al jus*), o jurista se transformou em *legista*. Com esta afirmação, o estudioso espanhol busca explicar de que forma o direito deixou de ser um instrumento da Justiça e se transformou em instrumento da autoridade constituída. Pode parecer, num primeiro momento, uma perda significativa para o direito seu abandono da pretensão de fazer justiça, no entanto, essa “perda” foi o que possibilitou ao direito se tornar uma ciência, ocupada com os objetos positivos (normas), verdadeiramente desinteressada e com pretensões de *neutralidade*.

O jurista *legista*, como diz Lacambra, já não sente a necessidade de justificar a norma ou suas decisões, se vê dominado pela razão impessoal à serviço da autoridade:

Surge el Estado nacional burgués y con él, el desinterés político del jurista, el cual acepta el Derecho positivo existente, se desentiende de los problemas éticos y sociales y se encastilla en un racionalismo formal y constructivos.<sup>277</sup>

O positivismo jurídico surge neste contexto como resposta para as necessidades deste *legista* que não trabalha em “causa própria”, e que abandona qualquer pretensão de

---

<sup>273</sup> JOLIVET, Régis. Tratado de Filosofía. Tomo I. Tradução: Geraldo Pinheiro Machado. Rio de Janeiro: Agir Editora. 1969. p. 32-33.

<sup>274</sup> MAINE, Henry Sumner. Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society and Its Relation to The Modern Ideas. 5th Ed. New York: Henry Holt and Company. 1888. p. 3-4.

<sup>275</sup> Idem.

<sup>276</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Horizontes del pensamiento jurídico. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1947. p. 36

<sup>277</sup> Idem. p. 40. Em português, diríamos: “Surge o Estado nacional burguês e com ele o desinteresse político do jurista, que aceita o Direito positivo existente, ignora os problemas éticos e sociais e se coloca num racionalismo formal e construtivo”.

justificação última das normas pois, como diz Kelsen, o único tipo que merece o título de científico é aquele que “para diante do enigma final, porque tem consciência das limitações do saber humano”<sup>278</sup>. O positivismo, dominante até a primeira metade do século XX, concebe a lei como um produto do arbítrio humano, que não reivindica ou recorre à valores de uma ordem inacessível aos sentidos – ou que escapa a qualquer tipo de verificação objetiva – para a validação das normas, pois ela é formalmente presumida como válida (caráter hipotético-relativo do direito) e sobre ela o jurista opera sem questionar<sup>279</sup>. Esse comportamento é a base do positivismo:

O positivismo é antes uma atitude de “fé” dogmática que uma doutrina filosófica crítica. A ciência jurídica volta a ser dogmática porque o legislador surge como investido de uma *justificação ideal*. (...) A norma perde todo seu sentido radical como *nomos*. Mas, inserida no pensamento autoritário, conserva sua dignidade enquanto lei, ainda que não seja aceita tanto em virtude do que é efetivamente justo ou racional, mas enquanto estabelecida, porta pela autoridade do legislador.<sup>280</sup> (grifo original do autor)

O pós-positivismo, patente no Neoconstitucionalismo, se revolta contra esse cenário, atribuiu como falsa a neutralidade científica do positivismo e como insuficiente sua definição de norma. Lowy explica<sup>281</sup> que a pretensa neutralidade do positivismo é, por si, uma escolha politicamente enviesada, que satisfaz o *status quo* na medida em que não se coloca numa posição crítica do sistema vigente, mas apenas descritiva:

A objetividade científica do método positivista significa que o sociólogo, que está enterrado até a cintura no pantanal de sua ideologia, de sua visão social de mundo, de valores, de suas pré-noções de classe, sai dessa puxando-se pelos seus próprios cabelos, arrancando-se do pantanal para atingir um terreno limpo, asséptico, neutro, da objetividade científica<sup>282</sup>.

Assim sendo, arremata Lowy, o positivismo é “uma mentira, uma ocultação deliberada”<sup>283</sup> da elite que busca preservar seus interesses de classe minando o instrumental crítico das ciências sociais. Barroso, no mesmo sentido, diz:

---

<sup>278</sup> KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2015. p. 620.

<sup>279</sup> Idem. p. 623.

<sup>280</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Horizontes del pensamiento jurídico. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1947. p. 44.

<sup>281</sup> LOWY, Michael. Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista. 7ª Ed. São Paulo: [editora?]. 1991. p. 39-40.

<sup>282</sup> Idem. p. 43.

<sup>283</sup> Idem.

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas acabou se convertendo em uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter-se tornado não apenas um modo de entender o Direito, mas também de querer o Direito. Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida.<sup>284</sup>

Ao longo do século XX, o ideal científico do direito vai se perdendo gradualmente na medida em que se observa um retorno a uma visão do direito como instrumento de transformação social, como propõem os Neoconstitucionalistas. O direito não apenas não pode, como não deve ser científico ou ideologicamente neutro, pois, explica Barroso que:

O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação.

O neoconstitucionalismo é, como se pode observar, radicalmente diferente das escolas jurídicas que o precederam (positivismo ou escola histórica), pois ele não se ocupa com o estudo ou análise do direito com o objetivo de conhecê-lo enquanto fenômeno social e humano. O neoconstitucionalismo pretende *criar* o direito, e assim confessa Carbonell quando diz que “la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo”<sup>285</sup>. Desta forma, têm trabalhado, continua Carbonell, juristas de grande influência ao redor do mundo como Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Barroso, Nino, Prieto Sanchís e Ferrajoli, que não intentam apenas compreender as constituições, mas *cria-las*<sup>286</sup>. Confunde-se, desse modo, o objeto da ciência com a própria ciência.

A confusão que acima tratamos, também pode encontrar sua explicação nas raízes marxistas do neoconstitucionalismo, pois se trata da 11ª Tese Sobre Feuerbach<sup>287</sup> transposta

---

<sup>284</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 164.

<sup>285</sup> CARBONELL, Miguel. El Canon Neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 157.

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> “Os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo”. (MARX, Karl. A Ideologia Alemã. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo. 2007. p. 539).

para o mundo jurídico. O que importa, segundo os neoconstitucionalistas, não é compreender o que o Direito é, mas transformá-lo. Norma, democracia, estado de direito, jurisdição constitucional, separação dos poderes são, na mão do neoconstitucionalismo, simples expedientes de que se servem para mudar o mundo. Se essas palavras podem ou não ser definidas objetivamente, se elas têm uma significação historicamente verificável, são questionamentos descartáveis, porque o objetivo confessado do neoconstitucionalismo não é explicar nada, mas criar o mundo que os seus teóricos desejam. Curioso notar que o neoconstitucionalismo acaba por se assemelhar àquilo de que acusava o positivismo jurídico de ser: um instrumento de poder disfarçado de ciência à serviço de uma ideologia.

A questão moral, ou a ideia de justiça, que o neoconstitucionalismo diz reconciliar com o direito é, ao fim e ao cabo, mais uma forma de justificação do seu projeto de poder político que uma conceituação rigorosa e objetiva do que significa a moral ou a justiça. Diluir essa dificuldade na “plurisubjetividade” de uma democracia deliberativa não soluciona o problema, e isso é flagrantemente verdadeiro quando se defende a *função iluminista* da corte constitucional, que atua representando seus próprios ideias de justiça, mesmo que contrários a todo o resto da população. Arguelhes bem argumenta que no tribunal constitucional do Min. Barroso – e porque não falar do tribunal constitucional como proposto pelo Neoconstitucionalismo – só há critérios de acerto, pois quando o tribunal decide contramajoritário e contrarrepresentativo, atua protegendo direitos fundamentais e grupos minoritário; quando é majoritário, mas contrarrepresentativo pode estar fazendo prevalecer a vontade da população ou está atuando como “vanguarda iluminista”. Nesta teoria, como explica Arguelhes: “não há espaço conceitual significativo pra incorporar erros que uma instituição politicamente independente pode cometer em uma democracia”<sup>288</sup>, a corte constitucional está fadada a sempre acertar – *the king can do no wrong*. A concepção de jurisdição constitucional que os neoconstitucionalistas defendem, blinda, contra qualquer tipo de crítica, a atuação da corte constitucional. Bem observa esse fato Arguelhes quando diz que:

As lentes tripartites de Barroso, porém, orienta-se para a função última que a decisão cumpre na sociedade Brasileira. Quando as colocamos o supremo se torna um alvo móvel: estou contra o Congresso, mas a favor da opinião pública, então não há problema. Ou estou contra a opinião pública, mas a favor de direitos fundamentais, então novamente não há problema. Ou ainda: estou contra a opinião pública, e contra o Congresso, mas estou atuando

---

<sup>288</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p.83.

como “vanguarda iluminista”. Onde haveria espaço para qualquer problema democrático na atuação do STF? Onde teria havido uma violação de um dever de deferência aos poderes políticos eleitos? Os três tipos de atuação [da corte constitucional] formam uma rede de segurança teórica incontornável.<sup>289</sup>

A partir da conceituação equivocada de alguns institutos de direito e ciência política, o neoconstitucionalismo defende uma forma estravagante de jurisdição constitucional, que acaba por desvirtuar o real propósito deste instituto e fazer do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis um instrumento, não de garantia da supremacia do texto constitucional, mas das vontades do grupo que ocupe a corte. É natural, desse modo, observar um crescimento no número de processos de controle de constitucionalidade no STF uma vez que, frustradas as vias naturais de transformação política, se recorra à formas extraordinárias, ainda que politicamente discretas, de fazer valer a vontade política que aquele grupo deseja.

Não temos a pretensão de discutir as origens político-sociais deste fenômeno de expansão da jurisdição constitucional, mas não se pode deixar de observar que à proporção que se desconjunta o eixo representantes-representados, tendemos a ver uma exacerbação na atuação das cortes constitucionais em matérias politicamente controvertidas e estranhas ao controle de constitucionalidade das leis no seu sentido mais rigoroso<sup>290</sup>. Ao que nossa pesquisa indica, o neoconstitucionalismo não produz este fenômeno, mas o justifica, legitimando a atuação expansiva da corte constitucional.

Cumprе não olvidar que a utilização da jurisdição constitucional como uma ferramenta à disposição do poder político, independentemente de sua justificação, não só macula a Justiça como desnatura o mais importante instrumento jurisdicional de proteção das constituições, que é, por sua vez, uma conquista a nível civilizatório das democracias modernas. A perversão de tão nobre instituto há, mais cedo que tarde, de mostrar os erros desabridos do Neoconstitucionalismo, o que pode levar a uma recessão nos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, deixando mais vulneráveis as nações contra ofensivas às constituições e os direitos fundamentais por ela resguardados.

---

<sup>289</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p.84.

<sup>290</sup> LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira. Revista Direito, Estado e Sociedade. nº 45, jul/dez 2014.

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho dissertativo teve por objeto a análise descritiva e crítica de alguns dos postulados do neoconstitucionalismo no fenômeno de expansão da jurisdição constitucional que se pôde observar no Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para cumprir com os objetivos propostos, foi necessário definir a origem e desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional, bem como tratar de conceitos correlatos ao instituto. Perfilhamos a definição tradicional de jurisdição constitucional como a garantia por meio jurisdicional da supremacia da constituição como norma máxima do ordenamento jurídico, donde todas as demais normas derivam sua validade. Demonstramos de que forma a partir de uma constituição de tipo limitada, os *framers* da Constituição dos EUA divisaram a necessidade da jurisdição constitucional, bem como pelo fato de se tratar de uma constituição escrita, diferentemente do que se encontrava na terra de seus pais, a Inglaterra, onde a constituição é não escrita.

Na sequência tratamos do fenômeno do Neoconstitucionalismo, abordando, em um primeiro momento, a dificuldade de sua conceituação por se tratar de um movimento relativamente recente na história do direito, e em razão da falta de unidade conceitual de seus propugnadores quanto a definição do movimento do qual fazem parte. Ainda assim, dispendo dos elementos comuns aos teóricos do Neoconstitucionalismo, definimo-lo como uma resposta dos constitucionalistas contemporâneos ao positivismo jurídico do início do século XX, e uma tentativa de reconciliar o direito com a moral, além da preocupação com a efetividade das novas constituições em mundo do pós-guerra, marcado pela desigualdade e violência.

Aprofundando o estudo sobre o Neoconstitucionalismo, tratamos de suas raízes filosóficas, especificadamente o pós-positivismo. Abordamos ainda as dimensões do Neoconstitucionalismo enquanto uma teoria, voltado para o conhecimento, e enquanto uma ideologia, voltada para uma transformação prática da realidade, além de seus condicionamentos históricos e regionais. Mais adiante, ainda tratando do Neoconstitucionalismo, buscamos a nova definição que essa teoria propõe de democracia e, para fins de esclarecimento, comparamos a definição tradicional de democracia com a definição substancial como propõem os neoconstitucionalistas. A nossa pesquisa nos levou a

conclusão de que a definição substancial de democracia perfilhada pelos neoconstitucionalistas é semelhante à definição feita por teóricos socialistas do início do século XX, especialmente pelas lideranças intelectuais dos movimentos revolucionários comunistas.

Sobre a nova definição que o Neoconstitucionalismo dá à jurisdição constitucional, dedicamos um tópico específico, abordando cada um dos postulados que julgamos como de maior influência no movimento de expansão da jurisdição constitucional que tentamos observar em nossa pesquisa. O primeiro postulado analisado foi a força normativa da constituição, onde os neoconstitucionalistas compreendem que as disposições constitucionais, em especial as que tratam dos direitos de segunda geração, são cogentes e dão ao cidadão o direito subjetivo de exigir do estado seu cumprimento. Depois tratamos da rica e controvertida possibilidade de a corte constitucional exercer a função de representação política, especialmente de grupos minoritários e a defesa da chamada representação argumentativa. Ainda neste tópico da representação, abordamos a função chamada de iluminista da corte constitucional sob a perspectiva de Luís Roberto Barroso.

Outro postulado do Neoconstitucionalismo que analisamos foi sua percepção do modelo tradicional de separação dos poderes como um instituto obsoleto de organização estatal, haja vista o triunfante estado de bem-estar social no século XX que alçou o estado a função de realizador universal das necessidades humanas, de maneira que mais conviria um modelo de cooperação entre os poderes para se otimizar a prestação dos serviços oferecidos pelo estado.

Concluída a parte expositiva da pesquisa, passamos ao exame crítico dos postulados e definições do Neoconstitucionalismo acerca da jurisdição constitucional, separação de poderes, democracia e representação política. Em tópico específico, cuidamos das dificuldades de reconciliação de elementos morais no direito, e concluímos sobre a tentativa de reabilitação do direito natural feito pelo Neoconstitucionalismo.

Ao fim, observamos de que maneira a proposta de jurisdição constitucional feita pelo Neoconstitucionalismo pode, em certa medida, desvirtuar o instituto de controle de constitucionalidade em favor de uma forma de agência política por parte da corte constitucional. Esse fenômeno se nos mostra especialmente verdadeiro quando analisamos a

natureza ideológica do Neoconstitucionalismo que, confessadamente, pretende transformar o mundo antes que compreendê-lo.

Entendemos que a amplitude e complexidade do fenômeno estudado não nos permitiu exaurir a análise das influências do Neoconstitucionalismo sobre a jurisdição constitucional, especialmente pelo fato de que se trata de um fenômeno dinâmico, que está sob constante atualização de seus teóricos que ainda não se definiram, eles próprios, sobre o que significa o novo constitucionalismo. No entanto, isso não nos impediu de submeter à crítica alguns dos postulados que compreendemos como de maior importância para a expansão da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal. Desse modo, com as reflexões críticas que fizemos, esperamos jogar luz sobre alguns pontos que entendemos como deficientes na teoria Neoconstitucional e, dessa forma, contribuir para o avanço da ciência jurídica, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade como performado pelo STF sob o paradigma da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução: Isabelle M. Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **O Supremo que não erra**. In: A razão e o voto. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017. p.81-107.
- ALEXY, Robert. **Balacing, constitutional review, and representation**. Oxford: University Press and New York University School of Law 2005, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 572–581.
- \_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. Trad. Luís Afonso Heck, 3ª Ed. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Constitutional Rights, Democracy, and Representation**. Ricerche Giuridiche. Vol. 03, Num. 2, Diciembre 2014. ISSN. 2281-6100. p. 197-210.
- \_\_\_\_\_. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno São Paulo: Gen Editora.. 2ª Ed. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito**. São Paulo: Gen Editora. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3ª Ed. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2006.
- AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Vol. III. Tradução: Alexandre Correia São Paulo: Ecclesiae. 2016
- ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ªEd. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Hermenêutica constitucional**. Revista de inf. legisl. Brasília. nº 53 jan./mar. p.113-144. 1987.
- BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Volume comemorativo do 20º aniversário da fundação da Sociedade Argentina de Direito Comparado.
- BARBOSA, Rui. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora. 1893.
- \_\_\_\_\_. **Protesto ao decreto nº 10.861 de 1914**. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182495/000347360\\_2.pdf?sequence=5](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182495/000347360_2.pdf?sequence=5). Acessado em 18/09/2022.

BARCA, Pedro Calderón de la. **El Gran Teatro del Mundo**. Madrid: Editorial Crítica. 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **A função representativa e majoritária das cortes constitucionais**. Revista de Estudos Institucionais, Vol. 2, 2016. p.518-546.

\_\_\_\_\_. **A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. In: A razão e o voto**. VIEIRA, Oscar Vilhena (org.). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista da EMERJ, v.4, n.15, p.11-47. 2001.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. São Paulo: Saraiva. 7ª Edição. 2010.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: [http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009\\_barroso\\_judicializacao\\_ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 28 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. **Operação Abafa tenta barrar avanços do STF**. Folha de São Paulo, São Paulo, 28 de janeiro de 2018, Ilustríssima Conversa. Disponível em : <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>.

\_\_\_\_\_. **Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas**. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set-dez, 2019.

\_\_\_\_\_. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, N. 4, p. 2179-8966, 2018.

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution: The formation of the western legal tradition**. Cambridge/London: Havard University Press. 1983.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary: The transformation of the 14th Amendment**. Indianapolis: Liberty Fund. 1997.

BINENOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2020.

BITAR, Orlando. **A Lei e a Constituição: Alguns aspectos do controle jurisdicional de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. **The Theory of the State**. 6ª Ed. Oxford: Claredon Press. 1892.

BOBBIO, Noberto. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luíz Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: UNB. 11ª Ed. 1983.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Livro Primeiro. Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone. 2011.

BONAVIDES, Paulo; ANDREADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 3ª edição. São Paulo. Paz e Terra. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 839629 AgR/DF – Distrito Federal**. Min. Rel. Dias Toffoli. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur341214/false>

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1891. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 634.643/Rio de Janeiro. 2012**. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2533792>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 417.408 RIO DE JANEIRO**. Min. Rel. Dias Toffoli. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365152/false>. Data de acesso: 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº45/Distrito Federal** de 2003. Min. Rel. Marco Aurélio.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº132/Rio de Janeiro**. Min. Rel. Ayres Britto. Dje nº 198. Publicado em 14/10/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº54/Distrito Federal** de 2003. Min. Rel. Celso de Melo.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 3527/Distrito Federal**. Min. Rel. Amaro Cavalcanti. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365152/false>. Data de acesso: outubro de 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 3527/Distrito Federal**. Min. Rel. Amaro Cavalcanti. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941850>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.510-0/Distrito Federal**. Julgado em 29/05/2008. Min Rel. Ayres Britto.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto 10.861 de 1914**. Acesso em 18.09.2022. disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-10861-25-abril-1914-511264-publicacaooriginal-1-pe.html>.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E. C. 1857.

CALSAMIGLIA, Albert. **Pospositivismo**. In **NEOCONSTITUCIONALISMO(S)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina. 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. VITAL, Moreira. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. Org. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. **Separação de Poderes: da Concepção Clássica à Noção Contemporânea**. Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286 - 317, janeiro/abril 2017. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista78/revista78\\_286.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf).

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. in neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de Informações Legislativas, Brasília a. 35, n. 138, abr/jun. 1998

COSTAMAGNA, Carlos. **Dottrina del Fascismo**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese. 1938.

COHN, Norman. **The Pursuit of the Millennium: Revolutionay millenarian and mystical anarchists of the Middle ages**. New York: Oxford University Press. 1970.

DAHL, A. Robert. **Decision-Making in a democracy: The Supreme court as a national policy-maker. Role of the Supreme Court**. Symposium Journal of Public Law, vol. 6, no. 2, Fall 1957, p. 279-295.

\_\_\_\_\_. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB. 2001.

DÍAS, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Espanha: Editorial Taurus. Edição do Kindle. 2010.

DICEY, A. V. **Introduction to the study of the law of the constitution**. 8th Ed. Toronto: The Macmillan Co. 1927.

\_\_\_\_\_. **The Federal Government**. The law quarterly review, vol 1, edited by Frederick Pollock. London: Stevens e Sons Limited. 1885.

\_\_\_\_\_. **Lectures introductory to the study of the law of the constitution**. 2a Ed. London: Macmillan and Co. 1886.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o Neoconstitucionalismo (e sua crítica)**. Artigos Direito FGV. vol. 17. São Paulo. Março de 2008.

\_\_\_\_\_. LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 459-473.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral Reading of the american constitution**. Massachusetts: Havard University Press. 1996.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>. Data de acesso 11.05.2022.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Flast vs. Cohen**, (1968), 392 U.S. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/83/>. Data de acesso: dezembro/2022.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Griswold vs. Connecticut**, 381 US 479 (1965). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1964/496>. Data de acesso: dezembro/2022.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Brown vs. Board of Education Topeka**, 347 US483 (1954). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. Data de acesso: dezembro/2022.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América **Roe vs. Wade**, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Data de acesso: dezembro/2022.

FERRAJOLI, Luigi. **O Constitucionalismo Garantista**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tradução: Alexandre Araújo de Souza. p.85

\_\_\_\_\_. **Pasado y futuro del estado de derecho**. in neoconstitucionalismo(s). CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris. Uma discussão teórica.** In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008). ISSN: 0214-8676. pp. 393-434.

\_\_\_\_\_. **Teoría del derecho de la democracia.** Madrid: Editorial Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. **Democracia y garantismo.** Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights.** 2<sup>nd</sup> Ed. New York: Oxford University Press. 2011.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Neoconstitucionalismo e Verdade: Limites democráticos da jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3<sup>a</sup>Ed. 2020.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton: Princeton University Press. 2004.

GUTZMAN, Kevin. **The Politically Incorrect Guide to the Constitution.** Wasginghton: Regenerny Publishing. 2007.

HAMILTON, A., JAY, J., MADISON, J., CAREY, G., **The Federalist.** Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os federalistas.** Tradução de Viriato Soromenho-Marques. Lisboa: Calouste Gulbekian. 2<sup>a</sup> Edição. 2011.

HARTMANN, Nicolai. **A filosofia do Idealismo Alemão.** Tomo II: Hegel. Tradução: José Gonçalves Belo. 2<sup>a</sup> Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1960.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1991.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da Filosofia Contemporânea.** Tradução: Alexandre Correia. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Herder. 1967.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo.** Publicado originalmente “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano

\_\_\_\_\_. **Rumo à Juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo.** Londrina: Editora E.D.A. Tradução: Amauri Feres Saad. 2020.

HOBBS, Thomas. **A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England.** Chicago: The University of Chicago Press. 1997.

JOLIVET, Régis. **Tratado de Filosofia.** Tomo I. Tradução: Geraldo Pinheiro Machado. Rio de Janeiro: Agir Editora. 1969.

JOHAS, Bárbara Cristina Mota. **A arquitetura habermasiana do Estado Democrático de Direito: uma proposta comunicativa de legitimidade democrática.** Artigo publicado no

site da Editora Cubo em 2014. Disponível em: <<https://doi.editoracubo.com.br/10.4322/tp.2014.008>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2023.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedeti. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

LAIN, Corina Barret. **Upside-Down Judicial Review**. The Georgetown Law Journal, Richmond: UR Scholarship Repository. Vol. 101:113. 2012. p. 113-186.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Derecho y libertad**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952.

\_\_\_\_\_. **Horizontes del pensamiento jurídico**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1947.

\_\_\_\_\_. **Filosofia del Derecho**. 3ª Ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1972.

LÊNIN, Vladimir. **Democracy and Dictatorship**. 1918. Disponível em <https://www.marxists.org/archive/lenin/works/1918/dec/23.htm>. Acesso em janeiro/2023.

\_\_\_\_\_. **O Estado e a Revolução: a doutrina do marxismo sobre o estado e as tarefas do proletariado**. Tradução: Paula Almeida. São Paulo: Boitempo. 2017.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Orientador: Gustavo Ferreira Santos. 2013. Tese de doutorado – Centro de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade. n° 45, jul/dez 2014.

LOEWENSTEIS, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducion de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel. 1979.

LOWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista**. 7ª Ed. São Paulo: [editora?]. 1991.

MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society and Its Relation to The Modern Ideas**. 5th Ed. New York: Henry Holt and Company. 1888.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução[?]. São Paulo: Editora Sundermann. 2017.

MARX, Karl. **O Capital**. Vol. I Tradução:Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo. 2016.

\_\_\_\_\_. **A Ideologia Alemã**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo. 2007.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Orientado: Álvaro de Vita. 2008. Dissertação de Mestrado – Curso de Ciências Políticas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MIGUEL, Luís Felipe; BOGÉA, Daniel. **O Juiz Constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa**. Revista Brasileira de Ciência Sociais. Vol. 35, nº 104. Mês (?) 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/XVsvWQHJXRSQpVDQfTH8nXc/?lang=pt#>. DOI: 10.1590/3510402/2020

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

NALBANDIAN, Elise G. **Notes on Ronald Dworkin's Theory of Law**. Mizan Law Review. Vol. 3. Nº2, Set/2009. 370-377.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Representação Argumentativa: Fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>.

NEUBORNE, B. **Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States**. New York: N.Y.U. Law Review. Vol. 57. Jun-1982.

PIPES, Richard. **History of the Russian Revolution**. New York: Alfred A. Knopf. 1995.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras, v. 3**. Brasília: Senado Federal/ Secretaria Especial de Editoração e Publicações. 2012.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito de do Estado**. São Paulo: Saraiva. 5ª Edição. 2000.

ROSEN, Jeffrey. **The Most Democratic Branch: How the courts serve america**. Oxford: Oxford University Press. 2006. Disponível em: <https://archive.org/details/mostdemocraticbr00rose/page/n6/mode/1up?view=theater>.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Companhia das Letras. Tradução: Eduardo Brandão. 2012.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. **Instituzioni di civile filosofia di giurisprudenza teoria**. Firenze: Nella Stamperia Piatta. 1839.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional: Como mudam as constituições**. Brasília: Editora UNB. 1996.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Geroge Allen. Rio de Janeiro: Mundo de Cultura. 1961.

SMITH, Steven D.; TORRE, Massimo; COUTINHO, Luís Pereira (Ed.). **Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences**. London: Springer. 2015

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição Melhoramento. São Paulo. 2013.

\_\_\_\_\_. **O Ser das Regras, das Normas e dos Princípios Constitucionais**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 47, jan/mar. 2013. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2580660/Jose\\_Afonso\\_da\\_Silva.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/2580660/Jose_Afonso_da_Silva.pdf).

SOUZA, José Soriano. **Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional**. Recife: Casa Editora. 1893.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of The United States**. Vol I. 4ª Ed. Boston: Little, Brown and Company. 1878.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Gen Forense. 2018.

\_\_\_\_\_. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo#:~:text=E%20eis%20tamb%C3%A9m%20porque%20abandonei,repercuss%C3%A3o%20geral%20e%20jurisprud%C3%A2ncia%20defensiva>. Data de acesso: 17 de dezembro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Contra o Neoconstitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, Jan-Jun. p. 9-27.

\_\_\_\_\_. BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13229>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

TALMON, J. L. **The Origins of Totalitarian Democracy**. London: Mercury Books. 1919

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva. 2020.

TIMASHEFF, Nicholas Sergejevitch. **The Soviet Concept of Democracy**. Review of Politics, XII (1950). Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/review-of-politics/article/abs/soviet-concept-ofdemocracy/5C0EEFE859784FAA476095C04FAF8F16>. Data de acesso: dezembro/2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. **Constitucionalismo democrático: sobre como reside no poder a aptidão para limitar a si mesmo limitar**. In: *Contestação, persuasão e consenso no STF: Construindo um constitucionalismo democrático*.

VOEGELIN, Eric. **Science, Politics and Gnosticism**. Translated by Willaim J. Fitzpatrick. Gateway Editions: Indiana. 1968.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo. Revista Direito GV, jul-dez 2008. p. 441-464.

VECCHIO, Giorgio Dell. **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª Edição. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado. 1979.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

WASHINGTON, George. **Farewell Address to the people of the United States**. Washington: U.S. Government Printing Office. 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducción: Marina Gáscon. 10ª edición. Madrid: Editorial Trota. 2011.