

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)ADEQUAÇÃO DAS TESES
PROCEDIMENTALISTAS AO DIREITO BRASILEIRO**

**JUDICIAL REVIEW AND RULE OF LAW: CONSIDERATIONS ABOUT THE
(IN)ADEQUACY OF PROCEDURALIST THESIS TO BRAZILIAN LAW**

Luiz Felipe Machado Muraca¹

Rafael Tomaz de Oliveira²

RESUMO

Este artigo ocupa-se de analisar a aplicabilidade das teses procedimentalistas à estrutura constitucional brasileira. Para a consecução desse fim, o livro “democracia e desconfiança” de John Hart Ely foi escolhido como representante dessa corrente teórica. Essa escolha, no entanto, não foi discricionária. Ela se baseia no fato de que a obra de Ely foi um dos primeiros esforços teóricos no sentido de explicar e limitar a atividade da Suprema Corte estadunidense. Para além disso, o texto possui forte influência em posteriores escritos que podem ser considerados procedimentalistas, inclusive no âmbito da teoria constitucional brasileira. Para a análise proposta neste artigo, o texto de Ely foi relacionado às características do constitucionalismo brasileiro. De modo conclusivo, verificou-se a inadequação das teses procedimentalistas ao direito brasileiro.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Estado democrático de direito. Procedimentalismo. Constitucionalismo.

ABSTRACT

This article aims to analyze the applicability of procedural theses to the Brazilian constitutional structure. To achieve this end, the book “democracy and distrust” by John Hart Ely was chosen as a representative of this theoretical current. This choice, however, was not discretionary. It is based on the fact that Ely's work was one of the first theoretical efforts to explain and limit the activity of the US Supreme Court. In addition, the text has a strong influence on later writings

¹ Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Bacharel em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Membro dos grupos de pesquisa Constituição e Cidadania e Jurisdição Constitucional e Tutela dos Direitos Coletivos, certificados pelo CNPq. É membro do Colegiado da Área de Humanas da mesma Universidade. E-mail: lfmuraca@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca-SP; Mestre e Doutor em Direito Público pela UNISINOS (RS). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania e do Curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Diretor de Ensino, Pesquisa e Extensão da mesma Universidade. E-mail: rtoliveira@unaerp.br

that can be considered procedural, including within the scope of Brazilian constitutional theory. For the analysis proposed in this article, Ely's text was related to the characteristics of Brazilian constitutionalism. Conclusively, the inadequacy of procedural theses to Brazilian law was verified.

Keywords: Judicial review. Rule of law. Proceduralist. Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a função das cortes e tribunais constitucionais é denso e, ao menos na realidade estadunidense, possui mais de dois séculos. Devido às peculiaridades do desenho institucional dos Estados Unidos, notadamente o fato de que a revisão judicial dos atos de outros poderes não é uma competência constitucional expressa da Suprema Corte, diversas justificativas e críticas acerca de sua atuação foram desenvolvidas ao longo do tempo. Essa discussão ficou ainda mais intensa a partir do início do século XX, pois até então a Corte atuava com grande parcimônia ao exercer suas competências. Mas, a partir das emendas de reconstrução, a atuação da Suprema Corte foi se intensificando, culminando no período que ficou conhecido como “Corte Warren”. O nome faz referência ao juiz Earl Warren, *chief justice* da Suprema Corte entre 1953 e 1969, período em que diversas decisões igualitaristas foram proferidas.

No Brasil, por outro lado, o controle judicial de constitucionalidade das leis foi instituído por meio de expressa previsão constitucional no final do século XIX. Os contornos do recém criado instituto possuíam nítida inspiração na *judicial review* estadunidense. Foi apenas na década de 1960 que o país passou a conviver com um sistema misto de controle de constitucionalidade, mas ainda assim havia grande preponderância do controle difuso sobre o controle concentrado. Com o advento da Constituição Federal de 1988 esse quadro se alterou. Houve a ampliação do número de ações concentradas e de legitimados para sua propositura, o que para alguns indica uma tendência de fortalecimento do controle abstrato em detrimento do controle concreto³.

A supramencionada discussão pode ser apresentada a partir do dualismo representado pelo binômio procedimentalismo x substancialismo. Essa classificação das teses acerca do instituto do controle de constitucionalidade foi desenvolvida pelo grupo de pesquisa

³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014.

liderado Luiz Werneck Vianna no prefácio de clássica obra publicada na década de 1990⁴. Para Vianna, de um modo geral, autores procedimentalistas conferem à jurisdição constitucional uma atuação minimalista, de sorte que os tribunais apenas interfiram em atos emanados por outros poderes nas hipóteses em que haja clara violação aos procedimentos democráticos de deliberação. Por outro lado, os substancialistas defendem uma atuação mais intensa por parte da jurisdição constitucional⁵, interferindo, inclusive, no mérito das decisões tomadas por outros poderes.

Esses termos foram replicados em diversas obras que tratam do tema no Brasil, tendo se tornado comuns em escritos de teoria constitucional. Justamente por isso optou-se, aqui, por utilizá-los. No entanto, cabe uma ressalva. Reconhecendo o mérito do texto do grupo de Vianna e de sua importância para a ciência social brasileira, essa divisão não se mostra precisa. Isso porque os dois eixos apresentados reúnem autores com ideias muito distintas do que seja a função dos tribunais no exercício do controle de constitucionalidade. Além do mais, há na base do procedimentalismo um juízo substancial e todo substancialista é, de algum modo, procedimentalista.

Dito isso, o presente artigo objetiva analisar a aplicabilidade da tese procedimentalista de John Hart Ely à estrutura constitucional brasileira consagrada após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse esforço se justifica na medida em que, nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal tem sofrido diversos ataques por parte de alguns setores da sociedade. Esses ataques são municiados por críticas revestidas de má-fé e por falsas conclusões acerca da função do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira. Cabe, então, questionar: a atuação do Supremo Tribunal Federal deve ser adstrita a questões procedimentais, nos moldes do que propõe Ely ou, ao contrário, a Constituição Federal exige uma atuação substantiva por parte da Corte? Para que se responda a esse questionamento, inicialmente será feita uma breve excursão pela obra de John Ely. Ato contínuo, serão apresentados traços característicos do constitucionalismo brasileiro. Por fim, concluir-se-á que a estrutura constitucional brasileira não se compatibiliza com uma atuação minimalista do Supremo Tribunal Federal na defesa de direitos fundamentais.

⁴ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

⁵ O termo “jurisdição constitucional” está diretamente ligado à experiência constitucional da Europa continental, enquanto seu correspondente em países de *common law* é “*judicial review*”. Para fins deste artigo, os termos serão utilizados de maneira intercambiável, tendo em vista a combinação por aqui existente entre os dois modelos.

1 A ABORDAGEM PROCEDIMENTALISTA DE JOHN ELY

Já no prefácio de “democracia e desconfiança”, Ely busca demonstrar que a divisão que interpretacionismo e não interpretacionismo representam é falsa, alegando que apresentará uma terceira via entre essas duas correntes. O interpretacionismo pode ser, de algum modo, ligado ao positivismo, mas o autor optou por utilizar o termo interpretacionismo, tendo em vista a carga semântica que o positivismo carrega. De modo geral, o interpretacionismo consiste em uma atividade de interpretação da Constituição restrita a seu texto, se atendo àquilo que se mostra como a vontade dos *founding fathers*. Essa postura pode ser relacionada com o originalismo/textualismo. De outra banda, a tese não interpretacionista não se restringe às disposições textuais, pois advoga da ideia de que, em sua atividade interpretativa, os juízes devem levar em consideração o caráter bicentenário da Constituição norte-americana, de sorte que o âmbito social que envolve a decisão deve ser levado em consideração na resolução de casos concretos. Ocorreria, portanto, uma atualização no sentido das disposições constitucionais levada a cabo pelo contexto social no qual a decisão está inserida.

Na esteira do que Bickel⁶ propõe (e, de certo modo, também Dworkin⁷), essa atualização se daria por meio de princípios não verificáveis no texto constitucional, mas que podem ser encontrados pela atividade especializada dos juízes. Ely refuta também a tese de que interpretacionismo pode ser relacionado com conservadorismo e *self-restraint*, bem como de que o não interpretacionismo seria mais aberto ao progresso e ativista. Segundo ele esses posicionamentos podem ocorrer quando da adoção de qualquer uma das correntes teóricas. O trecho a seguir trata daquilo que Ely considera ser a distinção entre interpretacionismo e não interpretacionismo:

O que distingue o interpretacionismo do seu oposto é a insistência em que os atos dos poderes políticos só sejam declarados nulos a partir de uma inferência cujo ponto inicial ou cuja premissa subjacente seja claramente perceptível na Constituição. Que essa inferência completa não pode ser encontrada na Constituição – porque o caso em questão nem sempre foi previsto – é algo que ambos os lados concordam⁸.

⁶ Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 49 e segs.

⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 205 e segs.

⁸ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 4.

Antes de apresentar sua tese, contudo, John Ely busca apoio na história constitucional estadunidense e nas decisões da Suprema Corte para demonstrar porque interpretacionismo e não interpretacionismo não são plenamente aplicáveis e/ou condizentes com o ideal democrático. Sob o ponto de vista democrático, o originalismo parece se afigurar mais adequado ao ideal de autogoverno que embasa o constitucionalismo estadunidense. Isso porque a retórica daqueles que se dizem interpretacionistas⁹ se assemelha à de Hamilton quando considera que, ao declarar nulo um ato do Congresso, a Suprema Corte estaria fazendo valer a vontade do povo expressa por meio do texto constitucional. Dessa feita, o primeiro capítulo do livro é dedicado a demonstrar os motivos pelos quais uma interpretação restrita ao texto constitucional e à “intenção dos constituintes” se mostra problemática, quando não impossível. Isso se deve ao fato de que o texto constitucional possui algumas determinações passíveis de inúmeras interpretações (por exemplo, proibição de penas cruéis e desproporcionais).

Ademais, mesmo considerando que o contexto que envolveu a criação da Constituição deve ser levado em consideração, Ely afirma que a maior prova da intenção dos pais fundadores é o próprio texto constitucional. É em relação a ele que houve consenso. É impossível – e até certo ponto presunçoso – capturar os diversos interesses que estavam presentes na assembleia. Esses dois fatores (impossibilidade de capturar a intenção dos constituintes e textura aberta das disposições constitucionais) fazem com que mesmo um convicto interpretacionista faça juízos morais quando interpreta a Constituição. Essa imposição de valores dos juízes, segundo Ely, não se mostra adequada ao “espírito” da democracia estadunidense. Juntamente com o gravoso processo de reforma da Constituição, a escolha de valores pessoais faz com que mesmo a postura interpretacionista se depare com uma forte objeção democrática.

Se a contradição entre o ideal de autogoverno e uma postura interpretacionista se mostra problemática, o não interpretacionismo conduz esse impasse ao paroxismo. Partindo da premissa acima exposta, qual seja, de que o texto constitucional não é suficiente para sua interpretação e aplicação em casos concretos, os não interpretacionistas consideram que é função dos juízes descobrir os valores fundamentais da sociedade e aplicá-los a fim de colmatar as lacunas interpretativas ínsitas às disposições constitucionais. Essa descoberta, para Ely, também não é possível. Na realidade ela velaria a imposição dos valores do próprio julgador e

⁹ No livro de Ely, o juiz Hugo Black possui posição privilegiada quando da análise do interpretacionismo. Isso porque ele se autodenominava um interpretacionista e, portanto, possibilita que Ely se valha de suas decisões para demonstrar a inaplicabilidade da tese.

não necessariamente da sociedade na qual ele está inserido. Trata-se de conferir a um grupo de aristocratas a competência de decidir a respeito das questões mais importantes da vida política da nação. Esse fato também é incrementado pelas posturas jusnaturalistas que para Ely são incompatíveis com o próprio direito estadunidense. O autor tece também uma crítica à ideia de princípios neutros. Essa crítica não diverge da ideia de que um princípio enunciado em uma decisão deve ser aplicável em decisões posteriores, mas repousa no fato de que se mostra impraticável a descoberta desses princípios, porquanto não há garantia nenhuma em relação ao seu conteúdo.

Após afastar também a utilização da filosofia moral e da tradição como fontes para a interpretação da Constituição, Ely se deteve com afinco à questão do consenso que revestiria os princípios neutros. A ideia não interpretacionista de que os princípios são compartilhados pela nação e, para além disso, inteligíveis e democráticos por advirem do próprio povo é veementemente criticada pelo autor, como na passagem a seguir colacionada:

Mesmo se supusermos – por autocontraditória que seja essa suposição – que *existe* um consenso que contradiz a decisão de nossos representantes eleitos, ainda assim restaria o argumento, suficiente por si só, de que esse consenso não é passível de ser descoberto, pelo menos não pelos nossos tribunais¹⁰.

Nessa ordem de ideias, os órgãos representativos estariam em melhor posição para a descoberta de consensos do que as cortes. Por terem que se defrontar com o eleitor regularmente, eles possuem maior capacidade de representar os anseios populares. Por outro lado, o grande argumento em favor das cortes é exatamente seu isolamento em relação à política. Além disso, parece uma contradição buscar valores consensuais para proteger as minorias dos consensos que as majorias já afirmaram. Nas palavras de Ely, “é descabido empregar juízos de valor da maioria para proteger as minorias dos próprios juízos de valor das majorias”¹¹. O autor admite, entretantes, a utilização dos consensos nas legítimas hipóteses em que a corte deve assumir o papel próprio do Legislativo. Afastadas essas duas teorias, Ely se coloca na posição ideal para formatar sua tese em relação à função desempenhada pela Suprema Corte na democracia norte-americana:

Tudo isso parece nos deixar num impasse. Uma abordagem interpretacionista – pelo menos uma abordagem interpretacionista que aborde as disposições da Constituição como unidades contidas em si mesmas – mostra-se, quando submetida à análise,

¹⁰ *Ibidem*, p. 84.

¹¹ *Ibidem*, p. 91.

incapaz de manter-se fiel ao espírito evidente de certas disposições. Entretanto, quando buscamos uma fonte externa de valores para preencher a textura aberta da Constituição – uma fonte que não transforme a Corte num simples conselho de controle legislativo -, nada encontramos¹².

Antes mesmo de sintetizar as propostas teóricas de John Hart Ely, é relevante que se registre o fato de que ela não advém de um espaço vazio de significados. Pelo contrário, o autor se baseia na história institucional norte-americana e nos ideais constitucionalistas e de autogoverno que por lá vigem. Nesse ponto – e em tantos outros - há de se reconhecer o mérito do autor, mesmo que se discorde de suas interpretações ou que as considere inadequadas para a realidade brasileira, como é a proposta deste texto.

Para Ely, a imposição de valores subjetivos não é a única solução para colmatar as lacunas interpretativas presentes no texto constitucional. Em uma análise da atuação da Corte Warren, Ely diz que o ativismo que por muitas vezes é a ela atribuído resulta de suas decisões no campo processual de maneira geral. O autor insere no conceito de processo tanto aquele subjetivo, ou seja, a resolução de conflitos individuais, quanto o procedimento democrático previsto na Constituição. Ely defende que essas controversas decisões não representam uma imposição de valores subjetivos, mas sim um ajuste nos procedimentos que não eram dotados da isonomia necessária para a sua correta operabilidade. O objetivo seria garantir aquilo que Dworkin chama de “igual consideração e respeito”, cristalizados pela garantia de ampla participação no processo político.

Essa garantia deveria se dar por meio da redução de desigualdades fáticas que obstruem os “canais de mudança política”, uma vez que excluem certos nichos da sociedade de uma possível representação. De modo exemplificativo, a decisão do caso *Brown vs. Board of Education* não se destinaria a impor certos valores substantivos, mas sim a reduzir desigualdades fáticas relacionadas a direitos fundamentais, nesse caso a isonomia entre os cidadãos. Portanto, Ely defende uma posição da Corte como uma garantidora processual. Nesse tocante:

Não nos chamam a considerar se este ou aquele valor substantivo é excepcionalmente importante ou fundamental, mas sim se a oportunidade de participar quer nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados, quer nos benefícios concretos alcançados por meios desses processos foi restringida de modo indevido¹³.

¹² *Ibidem*, p. 97.

¹³ *Ibidem*, p. 102.

Devido ao fato de os ideais de participação igualitária no processo político e nos resultados das deliberações políticas se mostrarem, *a priori*, incompatíveis, Ely busca fundamentos na noção de governo representativo e na natureza mesma da Constituição norte-americana. Em relação ao governo representativo, o autor afirma ser inadequada a concepção de que uma maioria eventual possui o poder de se beneficiar em absoluto dos produtos do processo político. Segundo ele, a cláusula de igual proteção garantida pela Constituição norte-americana introduz o conceito de “representação virtual”. Isso significa que os interesses dos representantes, dos representados e dos sub-representados de algum modo se ligam, pois todos eles vivem em uma mesma nação e, portanto, usufruem das benesses e dos amargores das decisões políticas. Assim, todo ônus político seria de alguma maneira compartilhado, ligando os cidadãos representados pela maioria àqueles que não participam do grupo majoritário. Isso impediria tratamento discriminatório não justificado contra minorias e, caso isso ocorresse, a Suprema Corte poderia intervir, uma vez que estaria garantindo isonomia de tratamento em relação aos custos e resultados do processo político.

Além disso, analisando a coisa mesma, ou seja, a Constituição de 1787, Ely verifica que o texto original se ocupava basicamente de questões processuais, entendidas de acordo com o conceito supramencionado. Essas questões, juntamente com disposições acerca da estrutura institucional do país, aquilo que poderíamos chamar contemporaneamente de engenharia constitucional¹⁴, constituiriam o cerne da Constituição. Até mesmo as emendas promulgadas, inclusive as “emendas de reconstrução”, via de regra, se traduziriam em questões processuais ou de organização do Estado. Na visão do autor, os poucos valores subjetivos inseridos no texto não obtiveram êxito social e humanístico. Exemplo disso foi a instituição da escravidão (antes permitida e agora proibida) e a lei seca. Ely diz que

A ideia de que a melhor garantia de justiça e felicidade não está na tentativa de defini-las para todo o sempre, mas sim na postulação de processos governamentais pelos quais suas dimensões possam ser especificadas no decorrer do tempo, encontrou lugar em nossos documentos constitucionais mais importantes¹⁵.

E ainda a esse respeito:

¹⁴ Expressão adotada no sentido empregado por Giovanni Sartori em: SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UNB, 1996.

¹⁵ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, *op. cit.*, p. 118.

A Constituição norte-americana, portanto, em sua maior parte, é e sempre foi uma Constituição propriamente dita, cuja preocupação principal são as questões constitutivas. O que a distingue, e o que de fato distingue os próprios Estados Unidos, é um processo de governo, não uma ideologia dominante¹⁶.

Fechando sua tese, Ely afirma que uma atuação da Suprema Corte nesses parâmetros, ou seja, garantindo isonomia procedimental, não seria incompatível com o ideal de autogoverno próprio da democracia representativa. O fato de a Corte ser formada por juízes que possuem isolamento político e que dedicam toda uma vida a processos os coloca em uma posição privilegiada para garantir participação igualitária nos procedimentos democráticos. Essa seria a função primordial e democraticamente aceitável da Suprema Corte: corrigir eventuais falhas que o sistema representativo possui, principalmente no que toca à igualdade entre os cidadãos norte-americanos. Em síntese, Ely defende a existência e a atuação da Suprema Corte – mesmo em situações consideradas limítrofes, como é o caso da Corte Warren - desde que restrita às situações por ele arroladas.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Brasil, de maneira revolucionária, o processo constituinte de 1986/88 promulgou um texto constitucional compromissário e dirigente, fazendo com que a República Federativa do Brasil se tornasse um Estado Democrático de Direito. Nos próximos parágrafos serão apresentadas as notas essenciais desse conceito, bem como suas consequências para a prática jurisdicional constitucional. No entanto, convém, desde já, destacar que essa mudança paradigmática representou enorme salto qualitativo no que toca à previsão e à implementação de direitos, principalmente se levarmos em consideração as especificidades nacionais, quais sejam, um Estado no interior do qual não haviam sido garantidos nem os direitos fundamentais de primeira dimensão, característicos do Estado Liberal-absenteísta (vide as constantes violações aos direitos humanos levadas a cabo durante a ditadura militar). Além disso, também não houve nestas terras uma passagem pelo paradigma do Estado Providência, de sorte que as

¹⁶ *Ibidem*, p. 134.

promessas da modernidade¹⁷ ainda carecem de efetiva implementação no Brasil. Vem a propósito, então, fazer um breve retrospecto acerca dos paradigmas anteriores de Estado, pois só assim o Estado Democrático de Direito se apresentará em toda sua dimensão e importância.

Pode-se afirmar que o Estado Moderno surge no contexto das guerras civis religiosas¹⁸. A desestabilização da organização social até então vigente (feudal, baseada nas relações de confiança e na metafísica religiosa) ensejou, de modo geral, o engendramento de uma forma organizacional secular. Como há íntima relação entre as práticas econômicas e a organização da sociedade, pode-se afirmar que o exaurimento do modelo econômico feudal foi um dos pontos centrais na formação do Estado Moderno, fazendo com que o modelo servisse de sustentáculo ao desenvolvimento do ainda pueril capitalismo¹⁹. As Monarquias Absolutistas foram a primeira forma de Estado Moderno, ou seja, a reação imediata ao desmantelamento da sociedade feudal. Cabe, no entanto, salientar que desse momento – surgimento do Estado Moderno – em diante, seu percurso de afirmação se relaciona diretamente com os limites territoriais do recém afirmado Estado-nação. Assim sendo, é necessário que se faça um recorte em relação às experiências a que este texto fará referência daqui em diante: a francesa e a estadunidense²⁰. Na França, à sedimentação do modelo absolutista se seguiram inúmeras violações das liberdades dos cidadãos por parte do Estado. Ao despotismo absolutista soma-se

¹⁷ Para Lenio Streck, o Brasil é um típico caso de modernidade tardia. Essa constatação tem direta relação com o fato de que, sob a égide de constituições anteriores, nunca houve efetivamente Estado Social no Brasil. Para o autor, as promessas da modernidade se referem a ideais como justiça social, democracia, diferenciação entre direito e política, entre política e economia, entre público e privado etc. Como no Brasil esses ideais nunca foram alcançados de modo minimamente satisfatório, percebe-se que a modernidade nunca chegou por aqui. As promessas da modernidade foram resgatadas pela ideia de Estado Democrático de Direito e enunciadas na Constituição Federal. Isso não conduz necessariamente à completa satisfação desses ideais no cenário pós-1988, conforme veremos no tópico seguinte. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, em especial os primeiros quatro capítulos.

¹⁸ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; LIMA, Danilo Pereira. Constituição, estamento e patrimonialismo: as vicissitudes político-jurídicas na formação do modelo de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, p. 1-35, 2015, p. 9.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 17.

²⁰ Isso porque, apesar de também possuir inicialmente uma Monarquia Absolutista, na Inglaterra as guerras religiosas e a ascensão da burguesia, com a conseqüente limitação dos poderes do Rei pelo Parlamento, ocorreram de modo relativamente concomitante. Assim, o despotismo da Monarquia não atingiu o paroxismo, pois sua revolução burguesa ocorreu juntamente à adoção do primeiro modelo estatal moderno. Houve por lá uma construção paulatina dos ideais de limitação do poder que, posteriormente, já nos contextos francês e estadunidense irão se encarnar no constitucionalismo. Há de se notar, portanto, que a luta pela limitação dos poderes do Rei não possui marcos definidos, diferentemente do que ocorre na França. O que há, aí sim, são momentos passíveis de se verificar este processo de modo mais nítido. Nesse sentido, ver: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; LIMA, Danilo Pereira. Constituição, estamento e patrimonialismo: as vicissitudes político-jurídicas na formação do modelo de controle difuso de constitucionalidade no Brasil, *op. cit.*, p. 9 e segs.

a emergência de uma classe social que reivindicava liberdade para seu desenvolvimento econômico: a burguesia.

Nesse contexto, já no século XVIII, as revoluções burguesas estão diretamente ligadas ao surgimento do constitucionalismo. Enquanto o constitucionalismo francês surgiu como reação ao modelo estatal até então vigente, nos Estados Unidos tratava-se da necessidade de organização de um país que passava por um processo de independência. É certo, no entanto, que há certa interpenetração desses acontecimentos históricos, que se influenciaram mutuamente. Diante de toda essa movimentação político-social, o constitucionalismo se refere, inicial e precipuamente, à tentativa de limitação do poder estatal por meio da enunciação de direitos fundamentais e da divisão de funções. A primeira fase do constitucionalismo tem como correlato necessário o Estado Liberal-absenteísta. Essa forma/modelo de Estado intenta evitar ingerências e limitações indevidas à autonomia privada por parte de quem exerce o poder, justamente por sua justificativa primeira. O Estado Liberal-absenteísta propiciou as condições político-jurídicas necessárias para o desenvolvimento do capitalismo. Não há de se afirmar, no entanto, que sob a égide Estado Liberal não há nenhum tipo de interferência estatal na autonomia privada. Trata-se de afirmação ingênua e desprovida de lastro real. Isso porque, sob uma análise minuciosa, a própria enunciação constitucional do direito à propriedade e sua proteção é, em si, um ato de interferência do Estado nas relações particulares. Destarte, o ponto nevrálgico do Estado Liberal-absenteísta reside na inexistência de atuação estatal no processo econômico/produtivo, salvo para garantir o direito à propriedade²¹.

O paradigma liberal de Estado, como é cediço, concorreu para a existência de inaceitáveis níveis de desigualdade social. Isso se deve ao fato de que, se não limitado, o capitalismo possui tendência à concentração de renda. Surgem, então, contestações das mais diversas ao modelo liberal de Estado. A vários fatores esse movimento pode ser creditado, como por exemplo, a urbanização, a falta de condições dignas de trabalho, o aumento exponencial das desigualdades sociais etc. Dessa conjuntura, já no início do século XX, emerge o Estado Social como “resposta” do sistema econômico capitalista aos pleitos das classes operárias. As elites de algumas nações, assombradas pela então recente Revolução Russa, optaram pela regulação da questão social para que não houvesse a completa aniquilação do capitalismo. Sobre o Estado Social, “deve-se salientar, por outro lado, que um aspecto assume grande

²¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, op. cit., p. 50.

importância, qual seja, o de que desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços, e estes passam a ser vistos como direitos próprios da cidadania”²².

O *welfare state* tem por objetivo, portanto, a superação do paradigma liberal por meio da garantia cidadã a um mínimo existencial. Esse paradigma é calcado na atuação positiva do Estado para garantir condições mínimas de renda para todos os cidadãos, bem como educação, saúde, saneamento básico, condições laborais dignas, direito à aposentadoria etc. Segundo Marcelo Neves, o Estado Social “diz respeito à função compensatória, distributiva, para acentuar que um mínimo de realidade dos direitos fundamentais clássicos (liberal-democráticos) depende da institucionalização dos ‘direitos fundamentais sociais’”²³. Enfim, resumidamente, trata-se da superação do Estado policalesco por um Estado cujas ações se concentram na diminuição das desigualdades próprias do capitalismo. Do ponto de vista interno, inicialmente o poder responsável pela promoção de tais serviços é o Executivo, uma vez que possui competências orçamentárias para tal feito. As mudanças no modo de atividade estatal introduzidas por meio do Estado Social são consideráveis, entretanto o modelo também não se encontrava blindado de crises. Digna de nota é a crise econômica ou de financiamento do Estado Providência. Com efeito, devido à ampliação do acesso e participação populares nas deliberações públicas, os pleitos por direitos sociais foram se expandindo. Isso fez com que o Estado provimento não fosse mais capaz de satisfazer plenamente as necessidades da população, gerando uma crise do modelo.

Sem embargo, no Brasil o Estado Social nunca teve implementação plena, se formos pensar no modelo adotado pelos países centrais (sociais-democracias europeias e *welfare state* estadunidense). Vem a calhar a afirmação de Lenio Streck, para quem o Estado Social no Brasil não passou de um simulacro²⁴. Para o jurista, a despeito do alto grau de intervencionismo estatal, as promessas da modernidade – trazidas pelo Estado Social - jamais foram devidamente implementadas no Brasil. Às avessas do que propõe o modelo do Estado Social, o intervencionismo estatal brasileiro sempre e de há muito beneficia somente as camadas médio-superiores da população. Essa disfunção do Estado Social fez com que o Brasil se tornasse um dos países mais desiguais do globo. Streck cita, inclusive, diversos fatos que

²² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 56.

²³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 71.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 17 e segs.

embasam sua afirmação. O esforço do jurista é até certo ponto desnecessário para qualquer observador atento da realidade brasileira, pois essa “opção” é deveras evidente.

Justamente por tudo o que foi exposto, apoiado em Jorge Miranda, Lenio Streck afirma que após a promulgação do texto constitucional de 1988 operou-se no Brasil uma verdadeira "revolução copernicana" do direito constitucional²⁵. À uma ditadura de 21 anos sobreveio um texto que tornou o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito. Verificou-se, então, um avanço considerável no que toca à organização democrática dos procedimentos estatais e à previsão de direitos fundamentais-sociais. A sombra da ditadura ainda pairava sobre a Assembleia Constituinte. Se, por um lado, ela foi um embaraço à inclusão de alguns temas considerados “mais progressistas”, por outro, fez com que as atenções se voltassem para as condições de possibilidade de implementação da democracia. Além disso, estamos a falar do processo constituinte mais plural da história nacional, com nítida inspiração nas experiências portuguesa e espanhola, também ocorridos em momentos de ruptura com governos ditatoriais. De todo esse magma resultou um texto compromissário e dirigente, apontado no sentido da construção de um Estado Social que, como mencionado, nunca havia sido colocado em prática no país.

Esse novo modelo de Estado, surgido durante a reconstrução europeia no pós-guerra, se baseia em dois desideratos fundamentais: a democracia e os direitos fundamentais-sociais. Nessa perspectiva, a Constituição possui função primordial na realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, precipuamente o resgate das promessas da modernidade (Streck). De fato, percebe-se que a promulgação de um texto constitucional dirigente e compromissário é pressuposto fundamental para a existência do Estado Democrático de Direito, conduzindo à conclusão de que este não poderá ser implementado senão com a intermediação jurídica daquele. Há um programa constitucional de transformação da realidade social que, sob a perspectiva de força normativa da Constituição, é cogente. Deste modo, diferentemente do que ocorre no modelo puro de Estado Social, o cidadão não mais dependerá – somente – do plano de governo, uma vez que há enunciação constitucional de um programa que conduz à existência de um Estado Social. Nessa esteira, Lenio Streck afirma que o Estado Democrático de Direito representa um “*plus* normativo” em relação aos paradigmas anteriores, que reside justamente na previsão de direitos fundamentais-sociais e na existência de meios à disposição

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 18.

dos cidadãos para garanti-los²⁶. Fazendo uma relação entre o Estado Democrático de Direito e os paradigmas que o precederam, Rafael Tomaz de Oliveira afirma que “pode-se dizer que o Direito no Estado Liberal é ordenador, no Estado Social, promovedor, e no Estado Democrático de Direito lhe é agregado um *plus* normativo, passando a ter uma função *transformadora*”²⁷.

Essa qualificação jurídica da questão social realiza, ainda com Streck, um deslocamento na esfera de tensão entre os poderes²⁸. Objetivos que outrora dependiam de programas esparsos de governo foram agora incluídos no programa constitucional. Sendo o texto constitucional dotado de força normativa e havendo inadequação dos programas governamentais e/ou omissões legislativas no que toca à implementação de direitos, pode o Judiciário, em determinadas situações e de modo contingente, atuar de modo a garantir a concretização do texto constitucional. Desloca-se assim do Executivo para o Judiciário a garantia última de efetivação dos direitos da cidadania. Não se está aqui a defender o que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Trata-se, tão somente, da referência às novas funções da jurisdição constitucional no quadro do Estado Democrático de Direito. Não obstante, importa ressaltar que defender uma postura de concretização contingente da Constituição pela justiça constitucional (o que alguns denominam de judicialização da política) não tem, em absoluto, nenhuma relação com defender ativismos. É relevante a constatação de que o deslocamento da esfera de tensão entre os poderes consta do próprio texto constitucional e de questões inerentes à sociedade, enquanto o ativismo judicial se verifica justamente quando as decisões não se amoldam às exigências textuais da Constituição. Exemplificativamente, mecanismos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988, demonstram o deslocamento aqui referido.

Esse deslocamento, a toda evidência, representa um agravante para a discussão acerca da (i)legitimidade da jurisdição constitucional. Podem ser percebidos, ainda hodiernamente, defensores da abolição ou, ao menos, de um “controle fraco” de constitucionalidade das leis²⁹. Ora, se aceitarmos a existência de um déficit democrático ínsito

²⁶ *Ibidem*, p. 18.

²⁷ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 72.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 101 e segs.

²⁹ Como já visto em tópico que tratou da obra de John Ely, a desconfiança jeffersoniana em relação à *judicial review* ecoa até os dias atuais, inspirando novos desenvolvimentos teóricos questionadores da legitimidade que as cortes possuem para sustar atos normativos editados pelos representantes do povo. Dentre os constitucionalistas

à atuação contra majoritária dos tribunais, a promulgação de um texto dirigente, que inexoravelmente leva ao aumento da dimensão hermenêutica do Direito (Streck), agrava a situação. Dito de outro modo: o déficit democrático do controle de constitucionalidade dos atos normativos será tão maior quanto as possibilidades de intervenção da jurisdição constitucional em matérias originariamente destinadas à deliberação política³⁰. Se partindo do dogma do “legislador negativo” já existem contestações à atuação de uma corte no sentido de expurgar atos declarados inconstitucionais do ordenamento jurídico, quando o texto constitucional brasileiro autoriza a atuação positiva do Supremo Tribunal Federal (por meio de mandado de injunção, por exemplo), a (i)legitimidade de sua atuação se torna ponto crucial do debate. Uma constituição dirigente exige um “controle forte” dos atos emanados dos poderes políticos por excelência, bem como de suas omissões. Justamente por isso, no Brasil, a discussão acerca da

atuais que defendem a abolição do controle jurisdicional de constitucionalidade – ou ao menos uma radical alteração no quadro de competências da Suprema Corte estadunidense, diminuindo sua interferência nas decisões majoritárias – está Mark Tushnet. O professor de Harvard, antes de mitigar suas posições ao admitir um “controle fraco” de constitucionalidade, possuía uma postura de completa deferência às escolhas políticas. Para Tushnet a Constituição estaria mais bem resguardada pelos cidadãos, por meio de seus representantes, do que por um pequeno grupo de intelectuais não eleitos. Mesmo rejeitando o posicionamento do autor, principalmente em se tratando do caso brasileiro, é importante que se questione a (i)legitimidade das cortes, de modo que nos apercebamos que existem outros caminhos possíveis e que a opção pela existência de uma corte ou tribunal com competência para declarar a inconstitucionalidade de atos dos outros poderes não é autoevidente. Nas palavras de Tushnet “No doubt, a self-enforcing Constitution would only imperfectly advance the Constitution’s values, because the incentives politicians have are not perfect: The Constitution is not perfectly incentive-compatible. Unfortunately, judges are not perfect either. They will make mistakes, or respond to imperfect incentives. So a judicially enforced Constitution will only imperfectly advance the Constitution’s values too. The real question is which of these two imperfect ways of organizing a government gets us closer to what we want. The case for self-enforcement is stronger than our current legal culture thinks it is”. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 108. Em texto recente, Mark Tushnet segue defendendo uma postura de distanciamento da ideia de *judicial review*, propondo algo que podemos chamar de “constitucionalismo popular”. A esse respeito, conferir: TUSHNET, Mark. *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*. New Haven: Yale University Press, 2020.

³⁰ É nítido que o deslocamento da esfera de tensão do Executivo para o Judiciário somente faz sentido e representa uma ameaça ao equilíbrio entre os poderes no caso da adoção de uma corte como o Supremo Tribunal Federal, que integra a estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Se, por outro lado, houver a adoção de um sistema jurisdicional constitucional autônomo, isto é, de um tribunal constitucional *ad hoc*, que não integra formalmente nenhum dos poderes, a tensão entre eles se tornará mais branda, mas jamais inexistente. Nesse tocante: “Há uma nítida diferença entre o controle da constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário e pelo modelo de Tribunais Constitucionais (*ad hoc*). Sabe-se que o modelo da *judicial review* é próprio de países que adotam o sistema presidencial de governo (Brasil, Estados Unidos, para citar os principais), onde há um Tribunal que funciona como órgão de cúpula e controlador da constitucionalidade. Esse modelo possui um déficit de legitimidade maior que o modelo de tribunais *ad hoc*. Ou seja, não é coincidência que os Tribunais Constitucionais funcionem (melhor) nas democracias parlamentaristas, uma vez que a tensão que ocorre nos sistemas presidencialistas entre os Poderes diminui sensivelmente nesse tipo de sistema, em que o governo (Poder Executivo) “confunde-se” com o Poder Legislativo, responsável, em *ultima ratio*, pela escolha dos juízes dos tribunais *ad hoc*. Tais circunstâncias devem ser levadas em conta quando da discussão da (necessidade da) instalação de um Tribunal Constitucional em *terrae brasilis*”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

dificuldade contramajoritária deve ser devidamente contextualizada para que não incorramos no erro de transplantar teorias inadequadas à nossa realidade institucional.

A invasão do Direito no território tradicionalmente político é uma das mais recorrentes críticas opostas à ideia de dirigismo constitucional. Por certo, sob o paradigma dirigente-compromissário, a Constituição limita o que se convencionou chamar de liberdade de conformação do legislador. Essa liberdade se assenta na ideia de que, ao editar atos normativos, o Poder Legislativo estaria livre para, representando os anseios populares, deliberar sobre seu conteúdo. Admite-se aqui uma restrição procedimental à atividade legiferante, mas não material. Com Canotilho, é passível de verificação o fato de que, no Estado Democrático de Direito, a ideia de liberdade de conformação do legislador não se afigura adequada³¹. Isso porque as aspirações constitucionais necessitam, antes de qualquer coisa, da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para a sua concretização. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 deve ser vista em sua substancialidade, vez que se trata de um texto dirigente e compromissário. Todo ato legislativo deve ser, em última instância, um ato de concretização da Constituição. A atividade legiferante é, de algum modo, vinculada às finalidades constitucionais³².

Também no escopo de atuação do Poder Executivo a constituição dirigente realiza imposições. A esse respeito, Canotilho afirma que:

Já atrás se salientou não se entender a constituição dirigente no sentido restritivo de imposições legiferantes. Como elementos dirigentes de uma constituição consideram-se também os princípios constitucionais, os preceitos determinadores de fins e as normas fixadoras de tarefas do Estado que, no seu conjunto, definem o programa constitucional³³.

O supracitado programa constitucional não pode, uma vez mais por conta de sua força normativa, ser ignorado pelo Poder Executivo. Se o programa constitucional não fosse vinculante em relação ao governo que, ressalte-se, é o grande responsável por sua

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 209 e segs.

³² Costumemente o art. 3º da Constituição Federal é citado como exemplo dessa limitação. Delineando constitucionalmente algumas das finalidades do Estado, o Poder Legislativo deve, por meio de sua atuação, incorporar tais objetivos. Essa incorporação se dá comissiva e omissivamente. Além do dever de se abster de produzir atos que, v.g., atentem contra o desenvolvimento nacional, o Congresso deve incorporar em seus atos normativos tal finalidade. Ela deve instruir e pautar toda a sua atuação. Limita-se, assim, a liberdade material do Poder Legislativo.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, *op. cit.*, p. 462.

concretização, pois que definidor dos parâmetros orçamentários, a sua própria existência não teria sentido. Afasta-se, desta maneira, a ideia de programa governamental³⁴ totalmente descompromissado com as finalidades constitucionais, privilegiando programas de governo que incorporem a substancialidade constitucional.

Cabe questionar se tais determinações – legiferantes ou não – não promoveriam a aniquilação do sistema político. De acordo com Canotilho, a resposta para tal questionamento é negativa. A constituição dirigente necessita que todos os poderes do Estado concorram, com seus respectivos limites, para a concretização dos desideratos constitucionais. Nessa ordem de ideias, os poderes eminentemente políticos possuem fundamental importância na concretização do texto constitucional. A atuação jurisdicional ocorrerá apenas de modo contingencial. Não se trata, portanto, da morte da política, mas da qualificação de seu debate por meio da incorporação da materialidade da Constituição. Nas palavras de Canotilho: “em síntese: o bloco constitucional dirigente não substitui a política; o que se torna é premissa material da política”³⁵.

Posteriormente à publicação do texto aqui referido, o mestre português procedeu a uma revisão de suas posições, chegando a anunciar a morte da constituição dirigente. Entrementes, a posição de defesa da programaticidade e do dirigismo constitucional afigura-nos como a mais adequada, dada a realidade institucional brasileira. O passado e o presente da nação demonstram que não há outro caminho a se seguir. No contexto atual, as disposições constitucionais materiais representam a última fronteira garantidora do Estado Social que, mesmo que a bêbedos passos, se construía. É de se notar também que o discurso recorrente dos cidadãos de mentalidade autoritária é contrário à Constituição de 1988, o que demonstra sua competência para limitar o poder das maiorias eventuais que, vez ou outra, pretendem violar direitos fundamentais das minorias³⁶.

3 ALGUNS PERCALÇOS OPOSTOS AO NOVO PARADIGMA

³⁴ É necessário que se realize a distinção entre programa de governo e programa eleitoral. Enquanto aquele se refere a uma instituição de Estado, este serve a fins de ocasião. Justamente por isso não se pode estender a exigência de incorporação do programa constitucional do programa de governo para o programa eleitoral que, apenas circunstancialmente e em versão possivelmente alterada, se tornará programa de governo. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, *op. cit.*, p. 469.

³⁵ *Ibidem*, p. 463.

³⁶ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito, *op. cit.*, p. 114 e segs.

A baixa constitucionalidade³⁷ é um fenômeno que pode ser percebido hodiernamente, mais de 32 anos após a promulgação do texto constitucional. Partindo-se da diferenciação entre texto e a norma³⁸, que é o resultado da interação entre texto normativo e o âmbito normativo, tem-se que a Constituição está presente em toda interpretação jurídica, inclusive infraconstitucional, visto que um texto contrário à Constituição não possui qualquer validade. Em uma abordagem fenomenológica-hermenêutica, a Constituição seria “condição de possibilidade de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social”³⁹. Assim sendo, o inglório passado constitucional/institucional brasileiro influi decisivamente na formação de pré-juízos inautênticos em relação à Constituição, o que leva à baixa constitucionalidade.

A inautenticidade dos pré-juízos acerca do significado da Constituição e do próprio constitucionalismo brasileiro se deve, ainda hoje, ao pesado fardo do passado autoritário brasileiro. O senso comum teórico dos juristas foi constituído sob influência autoritária, o que pode ser demonstrado, dentre outras coisas, pela maior atenção dada ao direito privado em detrimento do direito público. Ainda hoje isso faz sentido, pois, a despeito de uma perceptível invasão publicista no direito privado, muitos dos juristas continuam a tratar o direito público sob a mesma lógica do direito privado. A deferência dada às leis em prejuízo da Constituição, bem como a interpretação constitucional que muitas vezes é realizada sob uma perspectiva liberal-privatista, são exemplos daquilo que estamos a tratar. Essa moléstia chega ao paroxismo quando os juristas interpretam a Constituição com base na lei. Diante dessa situação, o ensino jurídico é o *locus* privilegiado de reprodução desse modo deturpado de lidar com o Direito e com a Constituição⁴⁰.

No que tange à relação Direito-Estado, onde habita a Constituição, a tradição age especialmente de modo a entregar traços marcantes do autoritarismo brasileiro. A esse respeito, considera Streck que o Brasil é um dos “países que historicamente relegaram o Estado de Direito a um papel secundário, dando sempre ênfase à razão de Estado em detrimento do (eventual) conjunto de textos garantidores dos direitos da cidadania”⁴¹. Ocorre no Brasil,

³⁷ *Ibidem*, p. 208 e segs.

³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192 e segs.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 209.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 23 e segs.

⁴¹ *Ibidem*.

portanto, o subjugamento de Têmis por Leviatã⁴². Levando a cabo uma análise acerca das condições de implementação do Estado Democrático de Direito em países de modernidade periférica – como é o caso do Brasil - Marcelo Neves, apoiado na teoria dos sistemas de cariz luhmanniano, afirma que é notória a ausência autopoiese do sistema jurídico brasileiro, pois não se percebe sua necessária diferenciação funcional (característica da sociedade moderna hipercomplexa)⁴³. Nas palavras do autor:

Os fatores negativos de realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, ao contrário, relacionam-se antes de tudo com os limites à autorreferência dos sistemas político e jurídico, conforme enfatizei em trabalhos anteriores. A situação torna-se grave, visto que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista. [...] Nesse sentido defino a modernidade periférica como modernidade negativa⁴⁴.

Não é de se surpreender que a prática de privilegiar a razão de Estado em prejuízo das limitações impostas pela Constituição enfraquece sobremaneira a eficácia⁴⁵ do texto constitucional. Durante muito tempo ele foi visto como uma mera carta de intenções. O período compreendido entre 1964 e 1985 (ditadura militar) acelerou o ocaso do já trépido constitucionalismo brasileiro, sempre atacado por sucessivos golpes à democracia. Nesse sentido, nada mais esclarecedor do que a edição dos Atos Institucionais, absolutamente anômalos e que possuíam, no campo prático, força normativa superior à da Constituição. Se levarmos em conta que os juristas responsáveis pela interpretação da Constituição Federal de 1988 nos anos subsequentes à sua promulgação tinham sido moldados nesse contexto autoritário, perceberemos algumas das tantas razões ligadas à (in)efetividade do texto constitucional. Ainda na atualidade muitas das disposições constitucionais não possuem a

⁴² Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

⁴³ “De acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas autopoieticos”. In: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, *op. cit.*, p. 237

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Quando nos referimos à eficácia legal estamos adotando a concepção de Marcelo Neves, para quem, nesse específico caso, eficácia se refere ao aspecto social de observância dos textos normativos (e da Constituição de maneira mais específica). Não se tem aqui eficácia no sentido técnico, ou seja, como o cumprimento dos pressupostos legais/constitucionais para que um determinado ato normativo surta efeitos no ordenamento jurídico. Ao contrário, se está a falar da “conformidade das condutas à norma”, como já se enunciava na Teoria Pura do Direito. Nos dizeres do autor: “a eficácia da lei, abrangendo situações mais variadas – observância, aplicação, execução e uso do Direito, pode ser compreendida genericamente como concretização normativa do texto legal”. In: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, *op. cit.*, p. 45.

devida eficácia (em especial aquelas que se referem aos direitos sociais/econômicos - o Estado Providência brasileiro segue sendo bondoso para com as classes superiores da população e oferecendo insuficiente proteção aos incautos, apesar de se verificar avanços nas últimas duas décadas).

Com a tarefa de transformar a realidade por meio da previsão de direitos sociais e da institucionalização da democracia, a questão da (in)eficácia do texto constitucional é pungente, vez que se afigura absolutamente inadequado, no Estado Democrático de Direito, que uma constituição dirigente e compromissária tenha função meramente simbólica. Ela não pode ser vista como um instrumento à disponibilidade dos poderes políticos a ser invocado quando lhes convier. Ao contrário, já dissemos que a constituição dirigente vai muito além da previsão de procedimentos democráticos. Ela se presta, sobretudo, a “qualificar” o debate político por meio de imposições e programas de ação. Não se pode, portanto, se tornar natural e generalizada a prática de uma “constitucionalização simbólica”⁴⁶. Diversamente, há de se ter uma luta no campo jurídico pela “constitucionalização normativa”⁴⁷, entendida como generalização dos preceitos constitucionais, de modo que se expanda os direitos declarados na Constituição para todos os cidadãos.

⁴⁶ “Falamos de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” dos poderes e a eleição democrática não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população. Mas é sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, que implica a generalização do código ‘lícito/ilícito’, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, que se caracterizará de forma mais clara a constitucionalização simbólica. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do direito que decorreria do princípio da igualdade, proclamando simbólico-ideologicamente na Constituição, a realidade constitucional é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente incluyente contrapõe-se a realidade constitucional excludente. Os direitos fundamentais, a ‘separação de poderes’, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional, são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, na medida em que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc. Nesse contexto só caberia falar de normatividade restrita e, portanto, excludente, particularista, em suma, contrária à normatividade generalizada e incluyente proclamada no texto constitucional”. In: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, op. cit., p. 91.

⁴⁷ Utiliza-se aqui a expressão no sentido empregado por Karl Loewenstein em sua classificação ontológica das constituições. Considerando as classificações usuais inadequadas, Loewenstein propõe uma classificação que conjugue elementos formais (textuais) e as práticas políticas efetivas adotadas por um determinado Estado. Partindo dessa premissa, classifica as constituições em normativas, nominais e semânticas. De modo resumido, constituições normativas são aquelas que, de fato, conseguem regular, limitar e direcionar o processo político. Por outro lado, constituições nominais se referem àquelas que, apesar da presença textual de disposições que visam debelar o poder do Estado, não regulam efetivamente os espaços de poder. Por fim, as constituições semânticas são engendradas e/ou cooptadas pelos governantes, de sorte que servem apenas para perpetuar a situação de uma pessoa ou grupo no exercício do poder político. Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 205 e segs.

É necessário que se advirta que essas considerações não conduzem a uma reprodução das teorias relacionadas à “doutrina brasileira da efetividade”. Primeiramente, devido à sua fundamentação hermenêutica-fenomenológica, a exploração ora realizada se distancia do caráter kantiano de que a doutrina da efetividade se reveste⁴⁸. Essas características, juntamente com a crença em uma espécie de messianismo constitucional, no qual a Constituição seria a maior – senão a única – responsável por dirimir as mazelas da sociedade brasileira, constituem a base da doutrina brasileira da efetividade⁴⁹. Neste trabalho adotou-se a posição de Lenio Streck, que admite a necessidade da atuação contingente da jurisdição constitucional na atividade de concretização da Constituição, mas que frisa o protagonismo que a política e os demais poderes possuem nessa mesma atividade⁵⁰. Não se adota, portanto, uma concepção de constituição dirigente isolada de fatores políticos, sociais e econômicos. Essa concepção isolada da Constituição acaba por conduzir a ativismos que são por nós rechaçados.

No que toca ao grau de autonomia do Direito e, conseqüentemente, da Constituição – quem mais sofre com “predadores” - há de se notar a forte influência que o sistema econômico exerce no sistema jurídico e político. Desde a crise do Estado Social, outrora levado a cabo pelo Executivo e agora incorporado à Constituição Federal, surgiram diversas propostas de retorno ao modelo liberal de Estado. Trata-se do neoliberalismo, que tomou força durante a década de 1980 na Inglaterra (Thatcher) e nos Estados Unidos (Reagan). Estes, inclusive, propuseram deliberadamente a adoção de um modelo liberal globalizante pelos países latino-americanos por meio do Consenso de Washington. Esgarçadas as fronteiras do Estado-nação pela globalização, as constituições vão perdendo seu lugar cimeiro na arena política, tendo em vista a concorrência de outras regras de conduta a ela estranhas. Mas, como bem lembra Lenio Streck, os problemas de cada país continuam particularizados, necessitando da ação positiva do Estado para resolvê-los. Ademais, as conseqüências do retorno a um liberalismo que se coloca como nova ciência, mas que, em verdade, é somente uma nova roupagem de um velho modelo que criou diversas espécies de desigualdade (inclusive as regionais, que fazem com que o Brasil até hoje não tenha se inserido de maneira satisfatória na agenda global), possui conseqüências diversas em cada país. Isso porque países que tiveram, de modo concreto, a atuação do Estado Providência,

⁴⁸ Cf. BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988?. *Rev. Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019, p. 1.777 e segs.

⁴⁹ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988?, *op. cit.*, p. 1773 e segs.

⁵⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 147 e segs. Esse posicionamento também aparece em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, *op. cit.*, p. 33 e segs.

diminuindo suas desigualdades sociais (países centrais), sofrem menos os deletérios efeitos do neoliberalismo se comparados com países que ainda não resolveram suas chagas sociais (países periféricos)⁵¹.

É de se notar também que, se pensarmos no específico caso estadunidense, seu desenvolvimento se deu por meio de forte intervenção estatal na área econômica. Exemplo disso foram os estímulos estatais na área dos transportes ferroviários durante o século XIX ou a política do *new deal*, marcada pela posição estratégica do Estado. Além disso, mais recentemente, a crise econômica de 2008 se deu justamente pela desregulamentação do sistema financeiro estadunidense. A solução norte-americana? Política de incentivos e estatização de empresas em situação de bancarrota⁵². Para os países centrais, a regulação; para os países subdesenvolvidos, a desregulamentação e a captura da política e do Direito pela economia. Para a concreção desse projeto, sucessivas reformas constitucionais foram sendo realizadas no sentido de desfigurar o projeto desenvolvimentista e distributivo do texto constitucional. Esse movimento se iniciou nos anos 1990 e, ao que tudo indica, não se alterou de modo drástico durante a primeira década do século XXI. Isso porque a opção dos governos eleitos nesse período foi pela criação de um modelo econômico baseado no “novo extrativismo”. Sobre esse modelo:

Os regimes ditos pós-neoliberais na América Latina a partir dos anos 2000, no entanto, continuam dirigindo sua política econômica para a extração de recursos naturais e consagraram a exportação de produtos primários (*commodities*) como estratégia de desenvolvimento nacional [...]. O “novo extrativismo” é uma política que combina ativismo estatal e uma estratégia de crescimento fundada na exploração de recursos naturais com o objetivo de ampliar a inclusão social⁵³.

A despeito das necessárias políticas de inclusão social realizadas durante a primeira década do século, esse modelo econômico em nada se amolda aos ditames constitucionais, deixando de lado o desenvolvimento de uma política industrial abandonada durante a década de 1990. Devido a isso, o Brasil permanece uma economia baseada na agricultura de exportação. Não bastasse isso, após o questionado impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, novamente o neoliberalismo voltou a assolar o constitucionalismo brasileiro,

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 66 e segs.

⁵² *Idem*. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, *op. cit.*, p. 17.

⁵³ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988?, *op. cit.*, p. 1788.

desfigurando cada vez mais o texto de 1988. O mais caricato exemplo do projeto de desmonte do núcleo social da Constituição Federal é a Emenda Constitucional n. 95, que instituiu uma limitação para os investimentos públicos. Criada sob inspiração de uma ideologia que trata o Estado como se fosse uma grande empresa, a supramencionada reforma atinge diretamente os gastos relacionados a direitos sociais. É de se notar que o “teto dos gastos” somente atinge os custos sociais do Estado, que continua a não tributar grandes fortunas e a conceder isenções milionárias a grandes empresas.

Diante de todo esse deserto⁵⁴, questionamo-nos acerca da capacidade que a Constituição Federal possui de sobreviver a esses ataques. Relevantes juristas brasileiros⁵⁵ e estrangeiros⁵⁶ esboçam argumentos no sentido de que a Constituição já não mais possui qualquer capacidade de intermediar os conflitos sociais e de limitar os ímpetos do poder. Nossa posição é em sentido contrário. Nos parece que, em tempos de ataques autoritários como o que vivemos, a Constituição Federal vem sendo o último bastião da democracia. De algum modo ela vem servindo ao propósito de limitação do poder por meio dos direitos fundamentais e da separação dos poderes. Há de se defender também, ainda hoje, o caráter dirigente-programático da Constituição Federal. Esse dirigismo, como já alertaram Canotilho e Streck, não pode ser visto de modo isolado, como se a Constituição fosse a única solução para os problemas nacionais. O Estado e a Política possuem função estratégica nesse contexto, como já mencionado⁵⁷. Mas, sem dúvidas, a superação da crise institucional que vivemos passa pela defesa da Constituição mais plural da história nacional.

CONCLUSÃO

⁵⁴ Vem a calhar, neste momento, o brilhantismo de Fernando Pessoa: “Grandes são os desertos, e tudo é deserto/Não são algumas toneladas de pedras ou tijolos ao alto/Que disfarçam o solo, o tal solo que é tudo./Grandes são os desertos e as almas desertas e grandes-/Desertas porque não passa por elas senão elas mesmas,/Grandes porque ali se vê tudo, e tudo morreu.”

⁵⁵ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988?, *op. cit.*, p. 1802.

⁵⁶ É de se notar, com certa estranheza, a posição de Bruce Ackerman que, ao propor uma nova Assembleia Constituinte, desconsidera diversos fatos relevantes para a tomada dessa espécie de decisão. In: ACKERMAN, Bruce. O Brasil precisa de uma nova Constituição. *Correio Braziliense*, Brasília, 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, *op. cit.*, p. 133 e segs.

Após as considerações sobre a realidade constitucional brasileira, cumpre relacioná-la com as teses defendidas por John Ely. Diante de todo o cenário apresentado, ficam os questionamentos: qual é a função do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira? O Tribunal deveria se imiscuir em questões contenciosas ou somente garantir o respeito às “regras do jogo democrático”?

Como dito alhures, a Constituição de 1988, dirigente que é, aponta no sentido da transformação social. Sendo assim, a adoção de uma postura procedimental ou minimalista levaria ao esvaziamento dos significados contidos no texto constitucional, tornando-o factualmente desprovido de qualquer tipo de exigibilidade. Isso geraria um paradoxo: ao mesmo tempo em que o texto constitucional aponta, por exemplo, para a redução dos elevados níveis de desigualdade social, a jurisdição constitucional nada poderia fazer para efetivar essa disposição, cabendo tão somente aos órgãos eletivos implementar – ou não – como bem entendessem as exigências da Constituição. Além do mais, os problemas enfrentados pelo Brasil são muito particulares e não globalizáveis, uma vez que não houve a adoção tempestiva do paradigma do Estado Social para a redução das desigualdades geradas pelo capitalismo. No atual contexto mundial, a adoção de uma postura minimalista levaria, dentre outras coisas, à fragilização do Estado-nação e, conseqüentemente, à impossibilidade de se solucionar os problemas próprios do dia-a-dia brasileiro.

Em um país como o Brasil que, ressaltamos, ainda é um dos mais desiguais do globo, não há qualquer possibilidade de verdadeira implementação da democracia se a questão social não for minimamente resolvida. Como se pode falar em uma postura absenteísta da jurisdição constitucional e na deferência às decisões políticas se grande parte da população não possui condições de se informar e deliberar sobre os problemas nacionais? Não há democracia sem que seus cidadãos possam compreender e buscar soluções para as mazelas que assolam o país. Para que isso ocorra, é necessária a postura intervencionista do Estado nas relações sociais de modo a reduzir as diversas desigualdades que, em pleno século XXI, se verificam no Brasil. Essa intervenção muitas das vezes se dá no campo político, mas, como já dissemos, a atuação contingencial do Judiciário é imprescindível para a salvaguarda da Constituição e para a promoção dessas necessárias mudanças.

A aludida inadequação do minimalismo do controle de constitucionalidade em relação à realidade brasileira não pode ser creditada a Ely, que em momento algum citou a realidade institucional de qualquer outro país que não os Estados Unidos da América. O que

não se pode admitir é a imediata transposição de ideias como as do autor estadunidense para uma realidade tão distinta. As consequências da adoção de uma teoria minimalista no Brasil seriam absolutamente diversas de sua adoção por parte da Suprema Corte norte-americana. Isso se deve, dentre outras coisas, ao fato de que os Estados Unidos passaram efetivamente pela fase do *welfare state*, atenuando algumas de suas chagas sociais. O processo deliberativo se torna, então, ao menos em termos ideais, mais democrático. Ademais, a própria Constituição estadunidense e o desenho institucional nela consagrado, bem como a forma como a *judicial review* surgiu podem conduzir a interpretações como a de Ely que, como já mencionado, baseia sua interpretação na atividade da Suprema Corte e no texto constitucional estadunidense. No Brasil, a disposição das instituições aponta em sentido contrário.

Para além disso, a análise de John Ely encontra diversas objeções. Com base em Bruce Ackerman, Streck critica o que chama de “trivialização dos princípios substantivos” feita por Ely⁵⁸. Segundo ele, quando Ely defende que a história constitucional estadunidense aponta no sentido em uma leitura procedimental da Constituição, ele realiza uma interpretação equivocada. Isso porque, ainda com Ackerman, a preocupação com o processo não exclui os diversos dispositivos substantivos presentes no texto. É certo que toda constituição possui uma dimensão procedimental e organizacional, mas a maioria delas não se restringe a isso. Mais do que isso: as disposições processuais da Constituição em nada tem a ver com as funções que ela atribui à Suprema Corte. Portanto, mesmo em relação à Constituição de 1787 a interpretação de Ely se mostra de algum modo imprecisa.

Já foi dito no início do texto que a divisão das teorias relativas à função que deve ser exercida por uma corte ou tribunal constitucional em procedimentalistas e substancialistas acaba por simplificar um complexo debate. O parágrafo acima comprova isso, porque mesmo autores considerados substancialistas são também procedimentalistas. Eles não preterem das disposições relativas à engenharia constitucional e aos procedimentos democráticos. Em verdade, se poderia considerá-los além-procedimentalistas, porquanto vislumbram uma atividade para a justiça constitucional que vai além de assegurar as “regras do jogo”. Por outro lado, a substancialidade do texto constitucional pode ser verificada, inclusive, em questões processuais e estruturais. Aliás, como lembra Lenio Streck, a própria adoção de uma postura

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, op. cit., p. 175 e segs.

procedimental em relação à *judicial review* é, em si, um juízo de valor que poderia ser expressado pela máxima “as escolhas da maioria numérica devem prevalecer”⁵⁹.

Mas, para além de qualquer argumento extratextual, é importante destacar por fim que não há qualquer interpretação possível do texto da Constituição Federal de 1988 que conduza a um minimalismo jurisdicional. Muito pelo contrário, ao promover uma verdadeira revolução, a Constituição Federal designa uma importante função concretizadora à jurisdição constitucional. As especificidades nacionais levaram à necessidade da adoção de mecanismos que fortificassem a atuação dos tribunais e, de modo específico, do Supremo Tribunal Federal na árdua tarefa de tornar efetiva a Constituição. Não se pode aceitar a estranha situação de um cidadão que possui diversos direitos fundamentais-sociais declarados constitucionalmente, mas que não dispõe dos meios jurisdicionais para exigir seu efetivo cumprimento por parte do poder público. Justamente por isso, a função da jurisdição constitucional no Brasil não se limita, de modo algum, à garantia das “regras do jogo”. Sua função é central na afirmação dos direitos da cidadania e representa importante meio de concreção do texto constitucional em sua totalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

ACKERMAN, Bruce. O Brasil precisa de uma nova Constituição. *Correio Braziliense*, Brasília, 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988? *Rev. Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

⁵⁹ *Idem*. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica, op. cit.*, p. 153.

- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UNB, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; LIMA, Danilo Pereira. Constituição, estamento e patrimonialismo: as vicissitudes político-jurídicas na formação do modelo de controle difuso de constitucionalidade no Brasil. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, p. 1-35, 2015.
- TUSHNET, Mark. *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*. New Haven: Yale University Press, 2020.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Submetido em 16.10.2023

Aceito em 19.10.2023