

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Lucas Soares de Oliveira

O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira:
um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal

Mestrado em Direito

São Paulo
2023

Lucas Soares de Oliveira

O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira:
um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em **Direito Constitucional**, sob a orientação do Prof. Dr. **Vidal Serrano Nunes Júnior**.

São Paulo

2023

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Ficha
Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Oliveira, Lucas Soares de

O constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal / Lucas Soares de Oliveira. --

São Paulo: [s.n.], 2023.

170p ; cm.

Orientador: Vidal Serrano Nunes Júnior.

Dissertação (Mestrado) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduated em Direito.

1. Constitucionalismo abusivo. 2. Contraconstitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Teoria da Constituição. I. Nunes Júnior, Vidal Serrano. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Banca Examinadora

Prof. Dr. VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (orientador)

Prof.^a Dr.^a JULIANA CARDOSO RIBEIRO BASTOS

Prof.^a Dr.^a PATRICIA ULSON PIZARRO WERNER

À Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e à comunidade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelo apoio permanente.

AGRADECIMENTOS

Giorgio Agamben definiu a “função-autor” como o “processo de subjetivação mediante o qual um indivíduo é identificado e constituído como autor de um certo *corpus* de textos”¹. Sinto-me, ao escrever esse trabalho, um protótipo de autor e isso, para mim, já é uma conquista muito significativa.

Mas, para essa vitória pessoal exsurgir, precisei, humildemente, pôr-me “sobre os ombros dos gigantes”, tal como sugeriu Bernardo de Chartres e, posteriormente, Umberto Eco². Logicamente, os erros deste trabalho são exclusivamente meus, mas os acertos encontrados neste escrito são tributários de incontáveis — e gigantes — mentes. É justamente a esses gigantes que dedico esse espaço de agradecimentos.

A ilustre e querida professora e colega de Procuradoria, Dr.^a Patrícia Ulson Pizarro Werner, foi sempre uma paciente, mas fervorosa, estimuladora, cuja confiança em meu potencial se mostrou inabalável. Em larguíssima medida, devo a ela essa dissertação, sendo, por justiça, a primeira pessoa a constar de meus agradecimentos.

O professor Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, orientador de meu mestrado, além de tolerante com meus erros, foi um mestre generoso e acalentador, dando-me o incentivo e o espaço necessário para desenvolver meus devaneios acadêmicos, porém sem abdicar de me guiar aos melhores caminhos da reflexão sobre os temas tratados. É um grande orgulho tê-lo como orientador; um jurista culto, respeitado e humano. Cabe, aqui, o registro de meu agradecimento e de minha admiração a esse professor fenomenal que a todos cativa.

Agradeço também à professora Dr.^a Juliana Cardoso Ribeiro Bastos e ao professor Dr. Renato Kim Barbosa pelas decisivas e pertinentes contribuições a meu trabalho. É extremamente gratificante receber sugestões, críticas e elogios de pessoas que admiramos de longa data, cujos textos lemos e cujas lições seguimos. Essa dissertação foi lapidada com maestria pelas observações da professora Juliana e do professor Renato, cabendo a mim registrar os sinceros agradecimentos que devo a essa incrível dupla de professores.

Essa dissertação também é fruto do diálogo, suporte e apoio que meus amigos e amigas sempre me ofereceram. Os amigos são a família que escolhemos e,

¹ **Profanações**. Tradução de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 57.

² ECO, Umberto. **Nos ombros dos gigantes**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 22

confesso, eu não poderia ter escolhido melhor. São deles as críticas mais honestas, os elogios mais sinceros, a paz mais reconfortante e os debates mais produtivos. Agradeço, portanto, a todos meus parceiros e parceiras de vida, em especial: Hugo Moreira, Ivana Munck, Raphael Del’Duca, Talita Rangel, Leonardo Antoun, Iago Oliveira, Carlos Henrique Oliveira Monteiro, Camila Nascimento, Tatiana Melamed, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Wolker Bicalho, José Luiz de Freitas, Elida Munhoz, Pedro Monnerat Heidenfelder, Roberto Perez, Dante Tomaz, Lívia Sena, Matheus Jacometti, Rafael Fassio, Daniel Smolentzov, Elisângela da Libração, Carolina Pellegrini, Márcia Amino, Vinícius Magalhães, Victor Vale Cantarino, dentre tantas outras pessoas especiais que cruzaram meu caminho.

Não há como deixar de mencionar, nesse espaço de agradecimentos, as pessoas que contribuem para o avanço da democracia em nossas terras. Mentas progressistas, aguerridas e defensoras dos direitos humanos, cuja contribuição democrática é inolvidável, em especial nestes tempos sombrios em que, vez ou outra, a sociedade flerta com o fascismo de maneira perigosa. Muitos são os nomes que aqui precisariam ser listados. Porém, como o pecado de todas as listas é sempre a incompletude, resumirei a minha com a menção a três figuras ímpares que nos deixaram recentemente, mas cuja saudade já é imensurável: Boris Fausto, Dalmo de Abreu Dallari e Paulo Bonavides. Que todos os demais guerreiros da democracia, em seus diferentes espectros e arenas, sintam-se representados pela menção a esta tríade de gigantes.

Reservo o agradecimento final à pessoa que é o começo, o meio e o fim de tudo: Ana Maria Soares de Oliveira. À minha mãe dedico tudo; dedico minha vida; minha história; meus sucessos; minha alegria. Você, mãe, é a estrutura inquebrantável que me mantém de pé!

Le véritable voyage de découverte ne consiste pas à chercher de nouveaux paysages, mais à avoir de nouveaux yeux.
(Marcel Proust)

RESUMO

OLIVEIRA, Lucas. **O constitucionalismo abusivo na Justiça Constitucional brasileira**: um diagnóstico sobre o abuso constitucional na prática do Supremo Tribunal Federal.

O presente trabalho tem por objetivo examinar a ocorrência do fenômeno do constitucionalismo abusivo na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). O objetivo do texto é investigar e diagnosticar se, de fato, o constitucionalismo abusivo tem sido perpetrado pelo Tribunal Constitucional brasileiro, notadamente mediante sua atuação como *player* na arena política. Metodologicamente, o trabalho se utiliza de técnicas descritivas, exploratórias, interpretativas e empíricas indiretas. O assunto é relevante, pois suscita a criação de ferramentas para que se pautem discussões sobre correções de disfuncionalidades democráticas inerentes à ação do STF. O trabalho vai estruturado em quatro partes distintas. A primeira cuida de estabelecer as bases teóricas que permitem compreender o próprio alcance da expressão “constitucionalismo”. Na segunda, cuida-se de expor de forma mais acalentada um rol de constitucionalismos desviantes, trazendo os contributos acadêmicos originados da reflexão desenvolvida por diversos autores ao redor do mundo. Na terceira parte, já assentado o conceito de constitucionalismo abusivo a ser utilizado, o trabalho analisará outras peças-chave relevantes ao desenvolvimento da investigação, quais sejam: “jurisdição constitucional”, “justiça constitucional” e “Tribunal Constitucional”. O ponto crítico do trabalho é alcançado em sua quarta parte. Neste estágio, exsurge a combinação dos elementos trabalhados nas fases anteriores, confluindo para a análise específica da prática constitucional concretizada pelo STF. Ainda na quarta parte do trabalho são trabalhadas decisões efetivamente tomadas pelo STF que simbolizam a ocorrência do constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira. Ao final das quatro partes do desenvolvimento do trabalho, o diagnóstico da situação é reunido nas considerações finais.

Palavras-chave: constitucionalismo abusivo; contraconstitucionalismo; justiça constitucional; teoria da constituição.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Lucas. **Abusive constitutionalism in the Brazilian Constitutional Court**: a diagnosis of constitutional abuse in the practice of the Supreme Court.

This paper aims to examine the occurrence of the phenomenon of abusive constitutionalism in the performance of the Brazilian Supreme Court (STF). The purpose of the text is to investigate and diagnose whether, in fact, abusive constitutionalism has been perpetrated by the Brazilian Constitutional Court, notably through its role as a player within the political arena. Methodologically, the work uses descriptive, exploratory, interpretative, and indirect empirical techniques. The subject is relevant, as it raises the creation of tools to guide discussions on corrections of democratic dysfunctions inherent to the action of the STF. The work is structured in four distinct parts. The first takes care of establishing the theoretical bases that allow understanding the scope of the expression “constitutionalism”. In the second, care is taken to expose in a warmer way a list of deviant constitutionalism’s, bringing the academic contributions originated from the reflection developed by several authors around the world. In the third part, already established the concept of abusive constitutionalism to be used, the work seeks to analyze other key pieces relevant to the development of the investigation, namely: “constitutional jurisdiction”, “constitutional justice” and “Constitutional Court”. The critical point of the work is reached in its fourth part. At this moment, the combination of elements worked on in the previous phases emerges, converging to the specific analysis of the constitutional practice carried out by the STF. Still in the fourth part of the work, decisions effectively taken by the STF and that symbolize the occurrence of abusive constitutionalism in the Brazilian constitutional justice are worked on. At the end of the four parts of the development of the work, the diagnosis of the situation is gathered in the final considerations.

Keywords: abusive constitutionalism; counterconstitutionalism; constitutional justice; constitution theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CONSTITUCIONALISMO(S): UMA ANÁLISE MULTIFOCAL	17
1.1 Panorama histórico-evolutivo dos constitucionalismos	20
1.1.1 Constitucionalismo antigo	20
1.1.2 Constitucionalismo medieval	21
1.1.3 Constitucionalismo moderno	23
1.1.4 Constitucionalismo contemporâneo	27
1.1.5 O chamado neoconstitucionalismo	30
1.1.6 Constitucionalismo do futuro	33
1.2 Panorama substancial-teleológico dos constitucionalismos	34
1.2.1 Constitucionalismo liberal	34
1.2.2 Constitucionalismo social	35
1.2.3 Constitucionalismo democrático	37
1.2.4 Constitucionalismo de realidade	40
1.2.5 Constitucionalismo globalizado	43
1.2.6 Constitucionalismo internacional	44
1.2.7 Constitucionalismo latino-americano	47
1.2.8 Constitucionalismo ambiental	49
1.2.9 Constitucionalismo digital	50
1.3 Considerações finais	53
2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CONFIGURAÇÃO, ALCANCE E LEGITIMIDADE	55
2.1 Abrangência e pertinência da acepção “Tribunal Constitucional”	55
2.1.1 Jurisdição constitucional	55
2.1.2 Justiça constitucional	57
2.1.3 Tribunal Constitucional	60
2.2 Os Tribunais Constitucionais na dinâmica funcional da separação dos poderes	63
2.2.1 A separação dos poderes e suas novas roupas velhas	63
2.2.2 Legitimidade democrática do Tribunal Constitucional na separação de poderes	72

2.3 Conclusão parcial.....	83
3 O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO COMO ESPÉCIE DE DESVIO CONSTITUCIONAL	84
3.1 O constitucionalismo abusivo na proposta de David Landau.....	85
3.2 O contraconstitucionalismo de Richard Albert.....	97
3.3 As constituições líquidas de Carlos Blanco de Moraes.....	100
3.4 O constitucionalismo autoritário na proposta de Mark Tushnet	101
3.5 Nossa proposta de constitucionalismo abusivo	103
4 O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NA DINÂMICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	105
4.1 As ferramentas argumentativas na atuação do Tribunal Constitucional brasileiro	107
4.2 A sincronicidade de atuação da Corte	111
4.2.1 O Tribunal Constitucional e a teoria dos “veto players”.....	112
4.3 O uso deslocado da subsunção pelo STF	127
4.4 O constitucionalismo abusivo na prática da justiça constitucional brasileira.....	131
4.4.1 “Pau que dá em Chico dá em Francisco”? Os casos ligados às prerrogativas parlamentares.....	131
4.4.1.1 O caso do ex-senador Delcídio do Amaral	131
4.4.1.2 O caso do ex-deputado Eduardo Cunha	134
4.4.1.3 O caso do senador Renan Calheiros.....	135
4.4.1.4 O caso do ex-senador Aécio Neves	137
4.4.1.5 Conclusão parcial	140
4.4.2 Um peso, duas medidas: o caso das nomeações a cargos políticos para obtenção de foro por prerrogativa de função.....	140
4.4.2.1 O caso Lula.....	140
4.4.2.2 O caso Moreira Franco	143
4.4.2.3 Conclusão parcial	144
4.5 O rebaixamento democrático pelo exercício da justiça constitucional pelo STF.....	145
CONCLUSÕES	148
BIBLIOGRAFIA	156

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a ocorrência do fenômeno do “constitucionalismo abusivo” na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), fazendo-o a partir de investigações exploratórias e diagnósticos empíricos a respeito da atuação da Suprema Corte brasileira em episódios impactantes ao constitucionalismo democrático pátrio.

O objetivo geral do texto é o de traçar um diagnóstico sobre a abusividade constitucional no âmbito da prática do STF, bem como instigar novas pesquisas sobre o tema. Já o objetivo especial é esclarecer aspectos relevantes a respeito do constitucionalismo abusivo, enquanto forma degenerada de constitucionalismo; da justiça constitucional e do Tribunal Constitucional, enquanto instituições tutelares da democracia; e da atuação prática do STF como *player* na arena política e a interferência que isso gera no âmbito democrático.

O assunto é relevante, pois suscita futuras pesquisas e trabalhos sobre a criação de ferramentas para que se pautem discussões sobre correções de disfunções democráticas inerentes à ação da Suprema Corte brasileira, bem como subsidia o robustecimento das bases da democracia e da atuação político-deliberativa brasileira, mediante a análise crítico-descritiva da prática constitucional contemporânea.

Quanto à metodologia empregada, pode-se afirmar que o texto se utiliza de técnicas *descritivas* (descreve categorias, instituições e percepções profissionais), *exploratórias* (sugere hipóteses a respeito das alterações causadas pelas mudanças de paradigmas), *interpretativas* (utiliza o procedimento analítico de decomposição de um problema em diversos aspectos, relações e níveis) e *empíricas indiretas* (aproveita dados já coletados por juristas, cientistas políticos e sociais em outros trabalhos, a fim de codificar a face mensurável da realidade jurídico-político-social ora explorada).

O trabalho vai estruturado em quatro partes distintas.

A primeira cuida de estabelecer as bases teóricas que permitem compreender o próprio alcance da expressão “constitucionalismo”. Aqui, o trabalho evidenciará a polimorfia do termo “constitucionalismo”, demonstrando a acirrada disputa que envolve sua definição no mundo jurídico. Por essa razão, defende-se, inclusive, que seria mais apropriado falar em “constitucionalismos”, de modo a sinalizar o viés multifocal que rodeia o termo. Traça-se, assim, um acalentado repertório de constitucionalismos, subdividindo-os em dois panoramas: (i) o histórico-evolutivo; e (ii) o

substancial-teleológico. A exposição objetiva frisar as características do constitucionalismo em seu viés próprio (ou virtuoso), bem como ressaltar sua polivalência, na finalidade de preparar terreno para a abordagem do lado tredestinado, ou atalhado, do constitucionalismo.

Na segunda parte, o trabalho analisará outras peças-chave relevantes ao desenvolvimento da investigação, quais sejam: “jurisdição constitucional”, “justiça constitucional” e “Tribunal Constitucional”. Na oportunidade, estabelece-se e justifica-se a opção semântica pela utilização da expressão “justiça constitucional” em detrimento do termo “jurisdição constitucional”, o que, conseqüentemente, também acaba por implicar na adoção da expressão “Tribunal Constitucional”. Nesse passo, para os fins do presente trabalho, a justiça constitucional significa a atividade desenvolvida no âmbito do Tribunal Constitucional enquanto encarregado da proteção definitiva da supremacia constitucional e das bases democráticas da sociedade. Em prosseguimento, foca-se na investigação das interferências geradas pela nova roupagem da separação dos Poderes na própria conformação dos Tribunais Constitucionais modernos. E, em encadeamento, investiga-se a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, em extensão e limites. Ao fim, ver-se-á que é na exata compreensão dos limites da legitimidade democrática de um Tribunal Constitucional que se garante um diagnóstico de quando a atuação da Corte se dá ao arpejo das divisas substancialmente constitucionais, atuando de forma potencialmente abusiva.

Na terceira parte, cuida-se de expor um rol de constitucionalismos que desviam, por meio de atalhamento constitucional, dos ideais próprios dos constitucionalismos que foram descritos na primeira parte. Para tanto, traz-se contributos acadêmicos originados da reflexão desenvolvida por diversos autores ao redor do mundo. O primeiro foco, nesta etapa, é a descrição da tese do “constitucionalismo abusivo” desenvolvida por David Landau.³ Na oportunidade, explora-se o conceito, extensão, limites e soluções ofertadas pelo aludido autor ao desvio de legitimidade ocasionado pelo constitucionalismo abusivo. Em sequência, passa-se a examinar outras figuras de constitucionalismos desviantes, tais como o “contraconstitucionalismo”, de Richard Albert⁴; a

³ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

⁴ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008.

ideia de “constituições líquidas”, de Carlos Blanco de Moraes⁵; e a noção de “constitucionalismo autoritário”, de Mark Tushnet.⁶ Ao fim, busca-se, em consideração integrativa de todas as teses exploradas, formular uma conclusão parcial que albergue satisfatoriamente o conceito de “constitucionalismo abusivo” que será utilizado no desenvolvimento do presente trabalho, qual seja: a prática levada a efeito por qualquer agente constitucional, inclusive o Tribunal Constitucional, ligada à utilização de mecanismos aparentemente constitucionais, mas capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes.

O ponto nevrálgico do trabalho é alcançado em sua quarta parte. Em tal estágio, exsurge a combinação dos elementos trabalhados nas fases anteriores, confluindo para a análise específica da prática constitucional levada a cabo pelo STF. O intento exploratório desta etapa do trabalho é identificar “se” e “como” a Corte Constitucional brasileira incorre em um constitucionalismo abusivo. Nessa esteira, são analisados eixos de ação que, quando perpetrados por um Tribunal Constitucional, costumam caracterizar abuso constitucional. O primeiro é o eixo argumentativo, por meio do qual a Corte faz seu poderio decisório servir ao propósito de pô-la na condição de “agente seletivo do constitucionalismo abusivo, fortalecendo as capacidades de decisão, e ainda estabelecer um papel mais definitivo a suas deliberações”.⁷ O segundo eixo é o da sincronidade de atuação da Corte, correspondente à causalidade oculta por detrás de um conjunto de eventos originados da atuação de um Tribunal, em perspectiva estratégica, que muitas vezes é o sintoma mais claro de um constitucionalismo abusivo na justiça constitucional. Por fim, o terceiro eixo se relaciona ao uso deslocado da subsunção pelo STF, que se dá quando a interpretação dada pela Corte sobre idêntica questão jurídica se altera, sem *discrimen* razoável, conforme as partes ou os interesses postos nos autos.

Ainda na quarta parte do trabalho são trabalhadas decisões efetivamente tomadas pelo STF que simbolizam a ocorrência do constitucionalismo abusivo na justiça constitucional brasileira. São, em síntese, duas classes de precedentes judiciais: (i) a

⁵ BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Liquid Constitutions” and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020. p. 105-137.

⁶ TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015.

⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 177-178.

primeira, ligada a decisões relativas às prerrogativas parlamentares; e (ii) a segunda, ligada a decisões relativas à nomeação de pessoas investigadas criminalmente a cargos políticos que atraem prerrogativa de foro.

Ao final das quatro partes do desenvolvimento do trabalho, o diagnóstico da situação é reunido nas conclusões gerais. Quanto ao ponto, vale esclarecer que o recorte analítico aqui adotado é de índole exploratória e analítica, inexistindo pretensão de suggestionar ou encontrar soluções para o problema do constitucionalismo abusivo. Assim, o propósito deste trabalho é traçar um diagnóstico a respeito da ocorrência ou não do constitucionalismo abusivo na dinâmica do STF, sem a ambição de tentar corrigi-lo — operação que se reserva a um trabalho de maturidade e maior fôlego de pesquisa. Trata-se de adotar uma metodologia que prestigia a exploração, a descrição e a identificação do fenômeno jurídico, político e social. A observação alhures feita se faz relevante porque, embora este tipo de proposta de trabalho seja comum na literatura comparada, em especial a de base empírica, fato é que tal modelo não é tão frequente na doutrina brasileira. Portanto, a conclusão deste trabalho se limita a reportar o diagnóstico da investigação exploratória feita no desenvolvimento da pesquisa e do trabalho.

Se bem-sucedido, o trabalho poderá auxiliar a pesquisa jurídica e a prática constitucional: por um lado, iluminando as ideias sobre as disfuncionalidades democráticas que penam nossa justiça constitucional; por outro, robustecendo a atuação democrática do STF por meio da crítica de práticas indesejadas, despertando novos e futuros estudos que busquem identificar ferramentas para melhorar o desempenho constitucional brasileiro.

1 CONSTITUCIONALISMO(S): UMA ANÁLISE MULTIFOCAL

O fenômeno do constitucionalismo é cercado de controvérsias na literatura jurídica, sociológica e política⁸, sendo a sua explicação disputada por diversas correntes. De fato, as imprecisões históricas, sociais, territoriais e econômicas que preenchem os recortes de sua análise, sem dúvidas, contribuem para esse cenário de incerteza.⁹ A grande tarefa que se impõe, dessa forma, é a de aclarar o quanto possível as características principais do constitucionalismo.

Com efeito, o constitucionalismo não é achado de um grupo de juristas e/ou políticos, senão resultado de muitos séculos de ensaios, erros e acertos¹⁰, tornando sua análise, por natureza, complexa. Sem embargo disso, é sim possível traçar alguns elementos básicos à noção de constitucionalismo, cuja utilidade se mostra inegável à gramática constitucional contemporânea e, certamente, à construção da proposta de fundo a ser desenvolvida neste trabalho.

Existem várias formas de identificar as projeções do constitucionalismo, em termos práticos e teóricos. Por exemplo, com André Ramos Tavares¹¹, é possível observar ao menos quatro sentidos básicos: (i) constitucionalismo enquanto movimento político-social cujo escopo principal é limitar o poder arbitrário¹²; (ii) constitucionalismo

⁸ A imprecisão e juventude do termo é apontada, por exemplo, em: MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. v. 1. p. 246-247.

⁹ Nesse sentido, Michel Rosenfeld defende que a definir constitucionalismo é tarefa sinuosa. Isso, em virtude de diversos fatores, e não apenas por conta da diversidade de uso do termo. Assim, o jurista americano defende que o pluralismo é intrínseco ao constitucionalismo, estando embutido em seu próprio DNA, pois “constituições e constitucionalismo só fazem sentido em condições de pluralismo”. Por isso, a atividade de definir o constitucionalismo é tão hercúlea, já que parte de bases plurais e imprecisas (ROSENFELD, Michel. **The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community**. London: Routledge, 2009. p. 21).

¹⁰ É como pensa, por exemplo: CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução ao Direito Constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 11.

¹¹ **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 24.

¹² Charles Howard McIlwain afirma que o princípio da autolimitação do governo mercê do direito é a característica mais antiga e autêntica do constitucionalismo. No original: “that in all its successive phases, constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government, the government of will instead of law” (McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007. p. 21).

No mais, veja-se: MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. v.1. p. 246 e s.; ZAGREBELSKY, Gustavo. **Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto**. 1. ed. [1988]. Torino: UTET, 1998. v. 1. p. 99; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 32.

enquanto fenômeno de criação de documentos constitucionais escritos¹³; (iii) constitucionalismo como tradução da posição das constituições nas variadas sociedades, a indicar seus propósitos mais atuais e vibrantes, em um cenário histórico-descritivo¹⁴; e, por fim, (iv) constitucionalismo como signo da evolução histórico-constitucional em certo Estado.¹⁵

Outra maneira de divisar as acepções do termo constitucionalismo é a que separa o constitucionalismo (i) como instituição, referindo-se ele a uma determinada prática jurídica ligada a ordenamentos que reconhecem uma Constituição como lei fundamental superior; (ii) como ideologia, relacionando-se ao conjunto de técnicas para atingir certos objetivos (a exemplo do constitucionalismo liberal, social,

¹³ Federico De Fazio e Laura Clérico apontam que esse sentido se liga à ideia de constitucionalismo entendido como instituição, isto é, como a prática jurídica que reconhece uma Constituição escrita enquanto lei fundamental superior (Constitucionalismo metodológico. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; e STRECK, Lenio Luiz [coord.]. **Neoconstitucionalismo: avanço e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 131).

Entre nós, Luis Roberto Barroso, em um primeiro momento, chega a sugerir que a existência de uma Constituição escrita seria algo inerente ao constitucionalismo, o que se confirmaria pela própria nomenclatura do fenômeno. Porém, mais à frente, o autor tempera, corretamente, o seu posicionamento, lembrando que “[h]á pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas” (**Direito Constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 32).

Sem fazer uma ligação necessária entre constitucionalismo e constituições escritas, mas apontando que o constitucionalismo está associado ao surgimento das duas primeiras constituições escritas (a americana e a francesa), vale ver: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 24-25.

De fato, é interessante notar, com Karl Loewenstein, que, sem deixar de reconhecer a importância dos documentos constitucionais, a existência de uma constituição escrita não equivale à existência do próprio constitucionalismo (**Teoría de la Constitución**. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970. p. 154).

¹⁴ Nesse caminho, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 52. Extremando essa posição, vale conferir: DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por-venir”. In: **El Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana**. Madrid: Fundación BBV, 1997. p. 107 e s.

¹⁵ Uma abordagem do tipo pode ser encontrada em: PINTO FERREIRA. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. t. I. p. 72-79; e, mais recentemente, SARLET, Ingo Wolfgang. O constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 233-255.

internacionalizado etc.)¹⁶; e (iii) como teoria jurídica, ligando-se a reconstrução do conceito de constitucionalismo a partir da perspectiva dos participantes da ordem jurídica.¹⁷

Ademais, Nicola Matteucci, empreendendo uma análise evolutiva dos aspectos multifocais do fenômeno do constitucionalismo, busca explicá-lo concretamente por meio das práticas consolidadas nos diversos regimes políticos e que, assim, variam de época para época, sendo seu objetivo final o “ideal das liberdades do cidadão”. Nessa senda, explica que “[c]onstitucionalismo não é hoje termo neutro de uso meramente descritivo, dado que engloba em seu significado o valor que antes estava implícito nas palavras Constituição e constitucional (um complexo de concepções políticas e valores morais)”. Desse modo, o autor peninsular se propõe a analisar os diversos conceitos e épocas a ele relacionados, para concluir, enfim, que “hoje o constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo”.¹⁸

Essa pluralidade de focos que se pode dar ao fenômeno do constitucionalismo levou grandes juristas contemporâneos a advogar que, na verdade, “não há um constitucionalismo”, senão “vários constitucionalismos”.¹⁹ Nesse sentido, por exemplo, José Joaquim Gomes Canotilho fala em “movimentos constitucionais”, na finalidade de denotar as características políticas, culturais e sociais do fenômeno do constitucionalismo. Para o autor, esses movimentos operariam como espécies de “corações nacionais”, possibilitando a construção de uma definição mínima e comum para o termo constitucionalismo, ainda que em uma “complexa tessitura histórico-cultural”.²⁰

Justamente por ostentar essa feição polimórfica, a análise segmentada de um, ou outro, sentido do constitucionalismo, isoladamente, tende a mostrar-se insuficiente. Enquanto fenômeno complexo, os constitucionalismos impendem um estudo

¹⁶ As acepções de constitucionalismo como instituição e como ideologia também são materialmente recordadas em: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 24.

¹⁷ DE FAZIO, Federico; e CLÉRICO, Laura. Constitucionalismo metodológico. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; e STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Neoconstitucionalismo: avanço e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 131-132.

¹⁸ MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. v. 1. p. 257.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 51.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 51-52.

conglobante, em que todo o seu colorido seja simbioticamente considerado. Apenas nesse cenário é viável falar em constitucionalismo liberal, social, internacional, abusivo etc., sem que haja equívoco em tais invocações, ainda que, em suma, elas materializem coisas tão diferentes. Isso, pois, como visto, são vários os constitucionalismos; trata-se de um fenômeno multifocal, devendo, por isso, ser estudado à luz dessa pluralidade de vieses que ele pode assumir.

1.1 Panorama histórico-evolutivo dos constitucionalismos

Os constitucionalismos podem ser decifrados de diversas formas, sendo uma delas o exame de seus elementos histórico-evolutivos. Nessa empreitada intelectual, busca-se explicar os movimentos constitucionais por meio das práticas consolidadas nos diversos regimes jurídico-políticos da história, em perspectiva evolutiva, pois seus elementos nucleares variam de época para época. Bom esclarecer, no entanto, que a sucessão histórico-evolutiva de constitucionalismos não implica uma substituição de um pelo outro, senão uma aglutinação das conquistas que cada qual teve o mérito de alcançar.

1.1.1 Constitucionalismo antigo

Se entendido como movimento que aspira assegurar determinada organização do Estado, o constitucionalismo tem sua gênese na Antiguidade clássica. Nesse sentido, Karl Loewenstein²¹ identificou a existência da seminal ideia de constitucionalismo já entre os hebreus, pois, em seu Estado teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da imposição da chamada “lei do Senhor”.²²

No caminhar da história, com o surgimento das Cidades-Estado gregas, no século V a.C., ter-se-ia “o primeiro caso real de democracia constitucional”.²³ Tratava-

²¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 150-151.

²² No mesmo sentido, alerta André Ramos Tavares: “Embora se trate de um movimento bastante tímido se comparado a seu atual estágio de desenvolvimento, é preciso aceitar que aos hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo” (**Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 24).

²³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 25. Na mesma oportunidade, lembra o autor que: “É importante advertir que as constituições das Cidades-Estado, especificamente na obra de Aristóteles, eram pensadas não como um fundamento do poder, mas sim assinalando a identidade da comunidade política”.

se do início da racionalização do poder, sendo, até os dias atuais, o singular exemplo de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, eis que pautado em uma democracia direta. Ademais, o regime constitucional grego contemplava diferentes funções estatais, espalhadas entre detentores de cargos públicos escolhidos por sorteio, para tempo determinado, sendo permitido o acesso a esses cargos a qualquer cidadão.²⁴

Entretanto, os avanços do constitucionalismo grego foram interrompidos por longo período de concentração e abuso de poder. Dessa forma, como que em um “movimento cíclico contínuo, esses prematuros regimes constitucionais e democráticos são afastados para, em seu lugar, reerguerem-se os regimes despóticos, que não atendem a qualquer diploma legal”.²⁵

1.1.2 Constitucionalismo medieval

A era medieval foi marcada por regimes absolutistas e despóticos. Os governantes, naquele tempo, exerciam poder ilimitado, sendo entendidos como verdadeiras reencarnações do soberano ou entidades divinas, enviados de Deus para cumprir a função de comandar o povo. As pessoas, em geral, eram completamente afastadas de qualquer participação política no governo do soberano. Todo o aparelho estatal atuava à mercê das vontades do governante, cujo poder era livre de qualquer limitação. As decisões do soberano eram tidas como superiores — inclusive acima da lei — e seus atos não se submetiam ao controle jurídico.²⁶

²⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 25.

²⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 25.

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 25. Nesse sentido, aliás, advertem Nelson Nery Jr. e Georges Abboud: “Do século V ao VIII, a Europa viveu o período das monarquias tribais, após a conquista e divisão do Império Romano do Ocidente. Entre o século VIII e o século IX, deve-se destacar a dinastia Carolíngia. A partir do governo de Carlos Magno é que a Europa ocidental voltou a ter uma unificação de comando, o Império. Em seguida, os séculos X e XI assistiram à divisão política e uma fragmentação extrema. A figura de uma autoridade pública unificada havia ruído, uma vez que diversos ducados ou condados possuíam, às vezes, exércitos e poderes maiores que os próprios Reis. O cenário era dominado pelo feudalismo. Havia uma fragmentação ou quase inexistência de um poder central.

Após o ano 1100 inicia-se um renascimento do poder monárquico e os prolegômenos de uma verdadeira administração de Estado. As nascentes monarquias soberanas restauraram um poder estatal, iniciando a burocracia e a estrutura de governo necessárias para consolidação do posterior Estado-nação. A monarquia absoluta desenvolveu-se para limitar o poder do rei, transformando-se numa monarquia constitucional/parlamentar ou no regime modernizado dos déspotas esclarecidos” (**Direito Constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 84).

Sem embargo desse cenário, deve-se reconhecer que, ainda na Idade Média, o constitucionalismo reaparece como movimento de conquista de liberdades individuais. O primeiro grande exemplo disso se vê na *Magna Charta*, de 1215. Tratava-se de um pacto estamental²⁷ firmado pelo Rei João Sem Terra, pelo qual se comprometia a respeitar determinados direitos dos nobres ingleses, obrigando-se, por exemplo, a não criar tributos sem prévia autorização dos nobres (*no taxation without representation*) e a julgar as pessoas conforme a lei do país (*the law of the land*).²⁸

No avançar da história do constitucionalismo britânico, outros três importantes documentos constitucionais garantiram relevantes liberdades para os súditos ingleses, impondo limites à Coroa e realocando o poder no Parlamento, quais sejam: a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. Tais documentos devem ser contextualizados à luz das fortes tensões que marcaram o modelo constitucional inglês no século XVII, em especial os embates entre Coroa e Parlamento, cujo ápice culminou na *Glorious Revolution*, de 1688, que depôs a dinastia dos *Stuarts* e assentou o princípio da primazia política do Parlamento.²⁹

Contudo, o mais destacado fato do constitucionalismo britânico medieval talvez tenha sido a sedimentação da doutrina da separação dos Poderes. Essa doutrina nasce na Inglaterra do século XVII muito ligada à ideia da *rule of law*.³⁰ À época, verificou-se a ineficácia de atribuir ao mesmo órgão as tarefas de criar e aplicar a lei imparcialmente aos casos concretos. Como resposta, surgiu a ideia de separação entre a função legislativa e a executiva, enquanto condição para o desenvolvimento válido da *rule of law*.³¹

Por fim, vale dizer que a Inglaterra, apesar de ter sido inovadora no acabamento de sua gramática constitucional, jamais criou uma Constituição escrita no modelo

²⁷ Os pactos estamentais não devem ser equiparados às Constituições em sentido moderno. A estes pactos faltava universalidade, eis que apenas concediam liberdades e franquias que beneficiavam os estamentos privilegiados, e não a população em geral. Nesse sentido, confira-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 72; e NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 82.

²⁸ Nesse sentido, confira-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 72.

²⁹ Sobre essa sucessão de reviravoltas políticas na Inglaterra do século XVII, veja-se, amplamente: MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 79-160.

³⁰ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 44.

³¹ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 50.

difundido a partir dos Estados Unidos. Desse modo, seus institutos de natureza constitucional continuam arrimados em tradições e costumes do povo inglês.³²

1.1.3 Constitucionalismo moderno

O termo constitucionalismo moderno é geralmente utilizado para assinalar a fase compreendida entre as revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII e a promulgação das constituições pós-bélicas, a partir da segunda metade do século XX.³³

Conforme sintetiza André Ramos Tavares, “o constitucionalismo moderno revela-se na ideia básica de registrar por escrito o documento fundamental do povo”.³⁴ Esse modelo se caracteriza pela publicidade (mediante amplo conhecimento da estrutura do poder e da garantia de direitos); pela clareza (por meio de um documento unificado, dirimindo incertezas sobre os direitos e os limites do poder); e pela segurança (por ostentar a clareza necessária à compreensão do poder).³⁵

Dois grandes ciclos constitucionais são marcantes do constitucionalismo moderno: o norte-americano e o francês.

Quanto ao primeiro, vale destacar que as concepções de John Locke e de Charles de Montesquieu são as bases do constitucionalismo norte-americano.³⁶ O pensamento propagado por tais autores contribuiu fortemente para as bases liberais e individualistas do movimento constitucional estadunidense, dando força ao argumento constitucional em prol da limitação do poder pelo Direito.³⁷

³² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 27.

³³ Nesse sentido, confira-se: COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75.

³⁴ **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 27.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 66-67.

³⁶ Deve-se fazer referência também as contribuições de Hobbes, em seu *Leviatã*, e de Rousseau, no seu *Contrato Social*, que desenvolveram concepções segundo as quais a sociedade se governa com base em um pacto, uma convenção.

³⁷ Segundo John Locke: “onde não existe lei não existe liberdade, sendo a liberdade entendida como a capacidade de ser livre de limitação e violência de outros; o que não é possível, onde não exista a lei” (no original: “where there is no law there is no freedom; for liberty is to be free from restraint and violence from others; which cannot be, where there is no law”. LOCKE, John. **Two Treatises of Government**: Book II, London: C. Baldwin Printer, Harvard University Press, 2002. p. 162).

Para compreender os movimentos do constitucionalismo norte-americano, antes, é preciso ter em mente que os Estados Unidos tiveram uma colonização de povoamento, composta em sua maioria por imigrantes que escapavam da perseguição política na Europa. Esse fato contribuiu para que se enraizadassem na cultura política estadunidense ideias como a de limitação do poder dos governantes e de proteção das minorias contra o arbítrio das majorias.³⁸

Outro ponto interessante da irrupção constitucional norte-americana está em sua relação com os movimentos revolucionários ingleses. Pode-se dizer que, até 1689, a Inglaterra, à época metrópole, encontrava-se voltada aos seus próprios problemas, a exemplo das crises entre Coroa e nobreza. Havia, assim, uma ingerência reduzida na então colônia norte-americana. Com a *Glorious Revolution*, de 1689, e a instalação da monarquia parlamentarista inglesa, inicia-se uma intensa exploração da metrópole na colônia norte-americana. Esse fato pode ser apontado como um dos estopins para o movimento separatista norte-americano.

Nesse cenário, a decisão política por meio da qual as chamadas “treze colônias” romperam com o poder central inglês se formalizou com a publicação da *Virginia Bill of Rights*, em 12 de junho de 1776, e da *Constitution of Virginia*, em 29 de junho de 1776, cujo teor foi subscrito pelos *Founding Fathers* George Mason, James Madison e Thomas Jefferson. Pouco tempo depois, o *Articles of Confederation and Perpetual Union*, de 1777, instrumento de governo da aliança formada pelos treze Estados independentes, intitulados Estados Unidos da América, foi ratificado. No entanto, o período confederativo americano perdurou só até 17 de setembro de 1787, ocasião em que o *Articles of Confederation* foi substituído pela Constituição norte-americana, aprovada na famosa Convenção de Filadélfia, criando-se o modelo federativo de Estado e presidencialista de governo.

A Constituição norte-americana é um documento sintético, composto, originalmente, por sete plásticos artigos. Apenas em 15 de dezembro de 1791 as dez primeiras emendas à Constituição estadunidense entram em vigor, incluídas pelo chamado *United States Bill of Rights*. Com aproximadamente 235 (duzentos e trinta e cinco)

Fazendo também uma análise entre liberdade e lei, Montesquieu dizia: “não compete a mim examinar se os ingleses gozam ou não desta liberdade. É suficiente para eu dizer que ela é estabelecida pelas leis” (**Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melvill. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 175).

³⁸ Nesse sentido, confira-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 78.

anos, a Constituição norte-americana, hoje, conta com apenas 27 (vinte e sete) emendas, sendo extremamente difícil modificar formalmente o seu texto.³⁹

O constitucionalismo estadunidense constitui experimento que visa harmonizar dois vetores: o primeiro é o vetor democrático, ligado à ideia de autogoverno do povo, o que pode ser compreendido pelas palavras que iniciam o preâmbulo da Constituição norte-americana (“*We, the People of the United States...*”)⁴⁰; o segundo é o liberal, cuja primordial preocupação é ligada à defesa das minorias contra o poder abusivo exercido pelas maiorias.⁴¹

Ademais, as noções de supremacia da Constituição e sua garantia jurisdicional são algumas das principais contribuições da tradição norte-americana. Tais contributos são originários da compreensão de que a Constituição, por fixar as “regras do jogo” político, estaria logicamente em um plano superior, pois é sua função determinar quem manda, como manda e, em parte também, até onde vai o poder de mando. Para garantir essa superioridade, atribui-se ao Poder Judiciário, enquanto *player* imparcial, a função de proteger a Constituição dos arbítrios dos outros poderes.

O modelo escolhido pelo constitucionalismo norte-americano também pode ser analisado em paralelo com a experiência constitucional inglesa. Isso porque, para os críticos, a onipotência do Parlamento deu origem a graves ofensas aos direitos históricos, de modo que, para fugir do modelo inglês, optou-se pela limitação do legislador na revolução norte-americana. Com efeito, a noção de que o Parlamento pode exorbitar os limites de suas atribuições constitucionais é a premissa do *judicial review*.

Já o constitucionalismo francês tem por pano de fundo a feral Revolução Francesa, de 1789. Para situar o contexto, tem-se que a França pré-revolução era fortemente estratificada, com a existência de três classes sociais distintas: a nobreza (Primeiro Estado), o clero (Segundo Estado) e o povo (Terceiro Estado). A Revolução Francesa foi levada a cabo pelo chamado Terceiro Estado, que era integrado pela vasta maioria de explorados e pela ascendente burguesia, no escopo de romper com

³⁹ De acordo com o art. 5º da Constituição norte-americana, ela só pode ser alterada por proposta: (a) de 2/3 dos representantes das duas casas do Legislativo Federal — Câmara de Representantes e Senado; ou (b) de 2/3 dos legislativos estaduais. Em ambos os casos, a emenda tem de ser posteriormente aprovada por 3/4 dos Estados, por meio dos respectivos poderes legislativos ou de convenções específicas convocadas para este fim.

⁴⁰ Nesse sentido, ligando o constitucionalismo norte-americano à própria identidade democrática, veja-se: ACKERMAN, Bruce. **We the People**. Cambridge: The Belknap Press, 1991. v. 1, Foundations. p. 3-57.

⁴¹ É como pensam: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 78.

o chamado *Ancien Régime*. O seu mote nasce do inconformismo com os variados privilégios dados à nobreza e ao clero às custas dos tributos pagos pelo povo.⁴²

Nesse cenário de ebulição político-institucional, a vontade de ruptura com o passado se expressou por intermédio da teoria do poder constituinte, elaborada pelo Abade Emanuel Joseph Sieyès, na seminal obra “*Qu’est-ce que le Tier État?*”. Pela teoria de Sieyès, o poder constituinte exprimiria a vontade soberana da nação, sendo ilimitado e fundador da nova ordem jurídico-institucional.

Inspirado pelos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade (*liberté, égalité, fraternité*), o constitucionalismo francês buscava conformar racionalmente o futuro. Assim, ao contrário da fórmula inglesa, por exemplo, tinha-se, na França, que a Constituição deveria corresponder a um documento escrito, podendo ela, a Constituição, romper com o passado e vetorizar racionalmente o futuro da nação. O célebre art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, indica bem isso ao estabelecer que “toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não possui Constituição”.

Desse modo, na concepção de constitucionalismo nascida com a Revolução Francesa, a Constituição não se limita a fixar as regras do jogo, como na experiência norte-americana. Trata-se de um projeto político destinado a promover uma transformação política e social. A Constituição para os franceses deve “participar” diretamente do jogo, condicionando futuras decisões coletivas a propósito de questões como o modelo econômico e a ação do Estado em diversas esferas.⁴³

Por fim, outra característica marcante do inicial constitucionalismo francês é o protagonismo atribuído ao Poder Legislativo. O Parlamento francês é visto como garantidor mais confiável dos direitos do que o Poder Judiciário, encarnando a própria essência da visão rousseauiana de “vontade geral do povo”.⁴⁴ Isso se deve a

⁴² Sobre a Revolução Francesa, vale ver: BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa**. Tradução de Rejane Janowitz. Porto Alegre: L&PM Editores, 2009.

⁴³ Abordando o tema, confira-se: SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 125-126.

⁴⁴ Vale esclarecer, conquanto Rousseau tenha negado a possibilidade de um corpo de representantes eleitos, suas ideias de vontade geral soberana acabaram por migrar e fortalecer o Poder Legislativo e a sua supremacia. De fato, Rousseau, em sua obra *Do Contrato Social*, defendia a soberania popular plena, sendo adepto do monismo de poder, havendo apenas um “centro único de poder no Estado, excluindo, conseqüentemente, qualquer outro polo de poder para além do Legislativo soberano” (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 136). Além disso, tal Poder Legislativo só poderia ser exercido diretamente pelo povo, sendo impossível a representação política (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 134). De

desconfiança nutrida entre os franceses em relação aos membros do Poder Judiciário, enxergado historicamente como uma instituição ligada ao *Ancien Régime*. Essa perspectiva contribuiu para que a Constituição, nos moldes franceses originais, desempenhasse o papel de proclamação política, cuja finalidade era inspirar a atuação legislativa, mas não de autêntica norma jurídica, que pudesse ser invocada em juízo.⁴⁵

1.1.4 Constitucionalismo contemporâneo

Após o segundo pós-guerra (1945) detectou-se um movimento vagaroso na jurisprudência das Cortes Constitucionais que foi dando um novo caráter às ordens jurídico-constitucionais.⁴⁶ Com efeito, os traumas deixados pela barbárie nazista praticada durante a guerra deram origem a uma consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana. Nessa *virada kantiana* do segundo pós-guerra, a noção de dignidade da pessoa humana foi alçada ao cerne do constitucionalismo contemporâneo, encorpando um movimento de afirmação dos direitos fundamentais e do Estado Constitucional Democrático.⁴⁷

Para viabilizar o seu projeto de tutela máxima da dignidade da pessoa humana, o constitucionalismo contemporâneo direcionou seus olhares a novas espécies de direitos, cuja proteção e promoção, antes, se não era inexistente, era parca. Assim, lidou ele não apenas com a tutela e afirmação dos direitos de liberdade e igualdade, mas também com os direitos à fraternidade, à democracia, à informação e ao pluralismo.

qualquer forma, a ideia de soberania do parlamento tem em Rousseau a sua maior raiz, pela forma radical com que defendia a “vontade geral”.

⁴⁵ Vale destacar que essa característica tem sido revista, em razão da expansão das considerações sobre a importância da justiça constitucional. Na própria França, sob a égide da atual Constituição, há o controle preventivo de constitucionalidade das leis, confiado ao Conselho Constitucional, e, mais recentemente, aprovou-se a possibilidade de controle *a posteriori* das leis (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77).

⁴⁶ Sobre esse movimento, vale conferir: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 25-27.

⁴⁷ Sobre o tema, tratando a dignidade como ponto de Arquimedes da ordem jurídico-constitucional contemporânea, confira-se: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. **Revista luso-espanhola de direito público**, n. 17-18, p. 97-119, 1996. p. 97; e MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61.

Nesse patamar histórico-evolutivo, a Constituição deixa de ser vista como uma mera *norma normarum*, cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas.⁴⁸ Deixa-se também de aceitar o argumento de que as Constituições seriam meras “cartas políticas”. Com efeito, a contemporaneidade assenta a ideia de que as Constituições têm, sim, força normativa.⁴⁹ Funcionam, pois, como epicentro da ordem jurídica de dado Estado, o que se relaciona com a difusão e fortalecimento da jurisdição constitucional.⁵⁰

Vale esclarecer, esse movimento de atribuição de normatividade às Constituições foi muito mais impactante e inovador na Europa do que nas Américas. Pois os países americanos, em geral, adotaram o modelo de Constituição estadunidense, que sempre considerou a Constituição como norma suprema e reconheceu tanto a existência de uma justiça imparcial e independente para aplicá-la quanto a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos pelo Poder Judiciário.⁵¹

De todo modo, o constitucionalismo contemporâneo assumiu a missão de impor diretrizes, moldar opções políticas e até mesmo atribuir vasto campo de atuação às agências jurídico-institucionais. As Constituições contemporâneas são hipertrofiadas em seus desígnios normativos — na expressão de J. J. Gomes Canotilho⁵² são Constituições-dirigentes; na visão de Raul Machado Horta⁵³, Constituições expansivas. Sua intenção é — mais do que limitar o legislador na forma de produção do Direito — impor limites quanto ao conteúdo das normas produzidas, muitas vezes por intermédio de normas vagas e imprecisas.⁵⁴

⁴⁸ Sobre essa idealização da Constituição como norma de regência para a produção de outras normas, veja-se: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153.

⁴⁹ Nesse sentido, por todos, vale ver: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, passim; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1984, passim.

⁵⁰ Vale conferir, pela clareza: STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 214.

⁵¹ Nesse sentido, vale ver: CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público: constitucional e administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 29-30.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, passim. Vale anotar, no entanto, que, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, posteriormente J. J. Gomes Canotilho reviu sua posição e passou a defender ideia de *Constituição aberta*, que funcionaria como um “ordem-quadro” e não como um código constitucional exaustivamente regulador (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42).

⁵³ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 177.

⁵⁴ Segundo Susanna Pozzolo, no Estado Constitucional de Direito, as “normas seriam válidas, inicialmente, por satisfazer critérios materiais, ou seja, por seu conteúdo” (POZZOLO, Susanna. Un

Destarte, o constitucionalismo contemporâneo torna a Constituição uma entidade ubíqua.⁵⁵ Ela, a Constituição, corporifica os valores superiores da comunidade sociopolítica, que devem irradiar e fertilizar todo o sistema jurídico, deixando de tratar apenas da organização do Estado e da garantia de direitos individuais⁵⁶; disciplinando muitos outros temas, como a economia, a família, o meio ambiente etc.⁵⁷ Todos os ramos jurídicos sofrem uma “filtragem constitucional”⁵⁸, de modo que sua produção, interpretação e aplicação, apenas se tornam legítimas se adequadas aos mandamentos da Constituição.

Ademais, o transbordamento da Constituição criou campo para que se discutisse a sua aplicabilidade não apenas nas relações entre Estado e cidadãos (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também entre particulares, ainda que inexistente intermediação legislativa (eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais).⁵⁹

Se bem analisadas as coisas, percebe-se que o constitucionalismo contemporâneo, na verdade, não tem o mérito do ineditismo em seus traços caracterizadores. Basta ver que a força normativa da Constituição já era conhecida no constitucionalismo estadunidense, em especial pelo *judicial review*; o alargamento constitucional já era um movimento próprio aos Estados Sociais, mesmo antes do segundo pós-guerra; e a preocupação com a dignidade da pessoa humana é um vetor iluminista que, há

constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel [org.]. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 190).

⁵⁵ Fazendo menção ao termo, veja-se: SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-205.

⁵⁶ Ran Hirschl elabora uma sofisticada crítica a esse movimento de hipertrofia constitucional, cujo efeito é transferir para Constituição aspectos da vida civil e, por consequência, aos juízes o poder de decidir sobre assunto não jurídicos. A tese de Ran Hirschl parte da ideia de que se uma Constituição se expande para todos os temas da vida, ainda que não propriamente jurídicos, como consequência, tudo o que se encontra no texto constitucional se torna judicializável, fortalecendo o Poder Judiciário e criando aquilo que o autor denomina de “juristocracia” (HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007, passim).

⁵⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. Presupuestos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. In: SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 21-100; IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979, passim.

⁵⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. p. 104.

⁵⁹ Vale ver, por todos: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, passim; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119-192; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 129-173.

muito, fecundava a literatura. O pioneirismo do constitucionalismo contemporâneo se situa na reunião entre os elementos marcantes das experiências constitucionais pregressas, lapidando-as.

1.1.5 O chamado neoconstitucionalismo

Na análise do constitucionalismo contemporâneo é, ainda, necessário fazer menção ao chamado “neoconstitucionalismo”. Esse termo, segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, é utilizado para sinalizar a adoção de um “mecanismo ou técnica de efetividade do texto constitucional, especialmente dos direitos fundamentais, o que naturalmente destaca a importância do Judiciário no contexto da relação com outros Poderes”.⁶⁰

Ao explicar a sua visão a respeito do neoconstitucionalismo, Luis Roberto Barroso destaca três marcos fundamentais para a caracterização do fenômeno. O primeiro é o marco histórico, identificável, na Europa, com o processo de reconstitucionalização do segundo pós-guerra; e, no Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988. O segundo é o marco filosófico, que, para Luis Roberto Barroso, consistiria na ascensão do pós-positivismo, enquanto confluência das bases do jusnaturalismo e do positivismo, cujo escopo é ir além da legalidade estrita, porém sem desprezo ao direito posto, empreendendo uma leitura moral da ordem jurídica, mas sem que se recorra a entidades metafísicas. Por fim, o terceiro marco é o teórico, ligado a três grandes transformações advindas no Direito contemporâneo: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, com forte apelo aos princípios jurídicos.⁶¹

Dessa forma, o neoconstitucionalismo simboliza uma preeminência da aplicação direta da Constituição, orientada por princípios e fundada em acintosa atividade judicial, em nome da efetividade dos direitos fundamentais.⁶² Nessa quadra de evolução teórico-constitucional, “a teoria do direito já não é mais descritiva, e sim prática,

⁶⁰ **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 27.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. IV. p. 63-76.

⁶² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 26.

real, útil, com concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a decidibilidade constitucional”.⁶³

Vale destacar que a tese do neoconstitucionalismo tem recebido variadas críticas na doutrina.⁶⁴ Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi encaixam, criticamente, o neoconstitucionalismo em uma prateleira otimista da literatura jurídica ao dizer:

Há autores otimistas em relação à possibilidade de o Judiciário se tornar agente transformador da sociedade. Com sua jurisprudência implementaria políticas públicas, suprimindo a falta de vontade política dos demais poderes. Esse papel seria possível graças à sua independência-neutralidade política e ao preparo jurídico-constitucional. Termos como “ativismo judicial”, “doutrina de efetividade” ou “neoconstitucionalismo” expressam a visão otimista sobre o papel transformador do Judiciário.⁶⁵

As críticas ao neoconstitucionalismo, no entanto, não se cerram ao seu otimismo taxado, ainda que implicitamente, de ingênuo. Dimitri Dimoulis, por exemplo, em clássico artigo sobre o tema, defende que é duvidosa “a utilidade de manter no vocabulário justeórico o termo neoconstitucionalismo”, pois, de uma perspectiva, o termo “seria sinônimo do constitucionalismo tradicional”; em outra, seria “sinônimo (ou

⁶³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. Método: São Paulo, 2008. p. 35.

⁶⁴ Há quem considere que os “neoconstitucionalistas” erram ao atribuir a pecha de “principal problema do direito no período imediatamente anterior (...) dizia respeito ao formalismo (...) que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça”.⁶⁴ Isso porque, segundo advogam, “o antiformalismo também se fez presente no período entre-guerras”, abastecendo os juristas nazistas e fascistas com munição para defender o poder político autoritária da época (ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Contra o neoconstitucionalismo: idiossincrasias e incongruência da teoria constitucional contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 87).

Os “neoconstitucionalistas” também erram, na avaliação de seus críticos, ao enaltecer o protagonismo judicial, sem cuidar do fato de que a engenharia constitucional da separação dos poderes é dinâmica e se encontra em um quadro contínuo de desenvolvimento, cujo núcleo assertivo é a consideração de que “só existe poder político legítimo se seu exercício estiver devidamente limitado” (ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Contra o neoconstitucionalismo: idiossincrasias e incongruência da teoria constitucional contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 88).

Por fim, atacam a alocação de neoconstitucionalismo dentro do marco teórico pós-positivista, pois compreendem que o neoconstitucionalismo é um *antipositivismo*, mas não um pós-positivismo. Advertem que o pós-positivismo se caracteriza pelo desafio de responder à questão da interpretação concreta do direito, no espaço da chamada “discricionariedade judicial”, apresentando teorias e práticas que ofereçam soluções a este dilema. Nesse panorama, para os críticos, o neoconstitucionalismo não cumpriria os requisitos necessários à qualificação epistemológica pós-positivista (ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Contra o neoconstitucionalismo: idiossincrasias e incongruência da teoria constitucional contemporânea*. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 88).

⁶⁵ **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 144.

aplicação concreta) do moralismo jurídico”. Para o jurista, “em nenhuma hipótese o neoconstitucionalismo teria um significado próprio e original”.⁶⁶

Outra preocupação que ganha destaque com o enfoque neoconstitucionalista se liga à perigosa ligação entre argumentação jurídica, decisão e discricionariedade. A abertura propiciada pelo influxo principiológico próprio ao neoconstitucionalismo acentua a ductibilidade do sistema. De um lado, há um traço alvissareiro, ao permitir a abertura sistêmica do direito às contingências sociais e práticas, por meio de mecanismos de decisão menos rígidos e pautados em dogmas de completude. Por outro, a menor delimitação formal dos cânones de argumentação e decisão ocasiona um quadro mais amplo à discricionariedade nociva do julgador/intérprete, acarretando injustiças e abalos à linha básica da isonomia.⁶⁷

Dessa maneira, mesmo tendo como pano de fundo o neoconstitucionalismo, é primordial que se atente à seguinte observação:

[...] As decisões dos órgãos de aplicação só podem ser juridicamente aceitas se for comprovado que decorrem de normas superiores. Esse é o critério do caráter (juridicamente) correto de certa interpretação. As interpretações devem respeitar, de maneira rigorosa, os mandamentos e procedimentos do “castelo” de normas que foi criado pelos legisladores e pelos conceitos elaborados em séculos de reflexão doutrinária, transmitida pelo ensino universitário. Por essa razão, normas e conceitos não devem ser preteridos em nome do sonho (Herbert Hart diria: do nobre sonho e/ou do pesadelo) do magistrado que invoca o justo porque deseja se tornar legislador.⁶⁸

Neste trabalho, no entanto, optou-se por não descer às minúcias deste debate, em especial porque as críticas formuladas atacam uma realidade teórica que não atrapalha a constatação fática — ainda que criticável — de que o neoconstitucionalismo, entendido como teoria imersa no constitucionalismo contemporâneo, realmente representa o acolhimento prático dos seguintes enunciados: “(1) mais a Constituição do que as leis; (2) mais os juízes do que os legisladores; (3) mais os princípios do que as regras; (4) mais a ponderação do que a subsunção; e (5) mais a concretização do que

⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Artigos Direito GV – Working Papers**, n. 17, São Paulo, p. 1-17, mar. 2008. p. 17.

⁶⁷ Sobre o tema, veja-se o interessante artigo: DIMOULIS, Dimitri. Discricionariedade e justificação. Reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 855-866, jan./abr. 2015.

⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri. Discricionariedade e justificação. Reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 855-866, jan./abr. 2015. p. 864.

a interpretação”.⁶⁹ Enfim, como adverte Dimitri Dimoulis⁷⁰, apesar das variadas posições que a doutrina assume frente ao neoconstitucionalismo, “parece haver consenso doutrinário em torno do fato que a atual conjuntura da teoria do direito poderia ser descrita como ‘neoconstitucionalista’”.

1.1.6 Constitucionalismo do futuro

Em uma tentativa de projetar os próximos passos a serem dados pelo fenômeno, José Roberto Dromi aponta que o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”.⁷¹

Nesse cenário, segundo o jurista argentino, no movimento provir do constitucionalismo, a Constituição não poderá ser instrumento de falsas expectativas, de modo que o constituinte só poderá “prometer” o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético (*valor verdade*). Igualmente, o constitucionalismo do futuro põe holofotes na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, rebatizando a perspectiva de igualdade (*valor solidariedade*). No porvir, os textos constitucionais serão pautados em um consenso democrático, que lhes dará legitimidade fortalecida (*valor consenso*). Nesse sentido, prestigia-se a efetiva participação dos atores sociais, em encanto à democracia participativa (*valor participação*). A perspectiva histórico-evolutivo dos direitos também é bem-conceituada no constitucionalismo do porvir, pois as reformas constitucionais não podem ocasionar rupturas que deixem de considerar a linha de continuidade dos direitos já conquistados (*valor continuidade*). O movimento futuro do constitucionalismo também contará com a previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração entre os povos (*valor integração*), o que, por fim, importará na consagração dos direitos fundamentais

⁶⁹ COELHO, Inocência Mártires. Métodos de interpretação constitucional. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>.

⁷⁰ Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Artigos Direito GV – Working Papers**, n. 17, São Paulo, p. 1-17, mar. 2008. p. 1.

⁷¹ La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por-venir”. La reforma de la constitución. In: ARÉVALO, Manuel Clavero (coord.). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación BBV, 1997, p. 108.

internacionais nas Constituições do porvir, em primazia de um valor universal de dignidade da pessoa humana (*valor universalização*).⁷²

Embora as predições feitas por José Roberto Dromi, em 1997, sejam interessantes e, de certa forma, alvissareiras, curial se lembrar da advertência feita por Norberto Bobeio acerca dos prognósticos sobre o futuro das instituições: “cada um de nós projeta no futuro as próprias aspirações e inquietações, enquanto a história prossegue o seu curso indiferente às nossas preocupações”.⁷³ Assim, os elementos do constitucionalismo do futuro devem ser testados pela realidade para peneirar aquilo que de fato se concretizou no contexto na experiência do porvir; daquilo que se mostrou mera adivinhação, ou futurologia, sem base prática.

1.2 Panorama substancial-teleológico dos constitucionalismos

Os constitucionalismos também podem ser examinados à luz de suas propostas substanciais, isto é, de viés ideológico e de sua finalidade político-jurídica. Nesse espaço, então, o foco se dirige à maneira de materialização do constitucionalismo, com o necessário apontamento de sua teleologia, seu propósito.

Novamente, os constitucionalismos, em seus variados substratos e finalidades, não são excludentes entre si. São fenômenos compatibilizáveis, a serem compreendidos como um quebra-cabeça a ser montado com as peças que refletem o mérito de cada movimento constitucional.

1.2.1 Constitucionalismo liberal

O substrato básico que informa o constitucionalismo liberal se liga à noção de que a limitação dos poderes do Estado é uma condição necessária para a garantia dos direitos fundamentais. Esse modelo de pensamento constitucional foi influenciado por pensadores iluministas (Locke, Montesquieu e Rousseau, em especial) e ganhou palco sociopolítico de implantação após as revoluções francesa e norte-americana. Em suma, como os direitos fundamentais eram à época concebidos como direitos

⁷² DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por-venir”. La reforma de la constitución. In: ARÉVALO, Manuel Clavero (coord.). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación BBV, 1997. p. 107-118.

⁷³ **O futuro da democracia**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 30.

negativos, isto é, que impunham a abstenção dos poderes políticos, o Estado era tido como o principal adversário da concretização dos direitos, sendo a sua limitação o ideal da vulgata liberal.⁷⁴

O constitucionalismo liberal, assim, assentou-se em uma estrita separação dos Poderes e deu enfoque aos direitos de liberdade⁷⁵. O modelo liberal de constitucionalismo não se importou com a autonomia pública do cidadão, ligada à soberania popular e à democracia; tampouco afirmou o valor da igualdade material, apenas se preocupando com a perspectiva formal de isonomia, em especial por meio do combate a privilégios estamentais.

Como se nota, no aspecto substancial, o constitucionalismo liberal visou à consagração dos direitos negativos, ou de primeira dimensão, ligados às liberdades clássicas. A sua teleologia era vocacionada à afirmação da limitação dos poderes do Estado, um dos mais importantes cânones da evolução do pensamento constitucional. Contudo, o constitucionalismo liberal, se tomado isoladamente, perde-se em um formalismo exacerbado, que não garante, materialmente, as liberdades das parcelas mais vulneráveis da sociedade. É nesse vácuo que emergem outros constitucionalismos, cujo desiderato ora é a promoção de balizas sociais, ora democrático-participativas, ora de efetividade.⁷⁶

1.2.2 Constitucionalismo social

O constitucionalismo de verve social é fruto da crise que o Estado Liberal enfrentou no final do século XIX e início do século XX.⁷⁷ Àquela altura, o Estado

⁷⁴ McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007. p. 21.

⁷⁵ Vale ressaltar que a ideia de liberdade, no constitucionalismo liberal, é muito identificada com a noção de autonomia privada do indivíduo, isto é, de ação livre de interferências estatais.

⁷⁶ Como lembram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “[...] é fato incontestável que as liberdades e garantias não eram efetivas para os membros mais pobres da sociedade. Pelo contrário, a condição da grande maioria da população era de opressão e miséria. As condições de trabalho dos operários durante a Revolução Industrial, por exemplo, eram desumanas. Não havia educação ou saúde públicas, nem tampouco descanso remunerado. Não era incomum que as mulheres parissem no local de trabalho. Crianças se dedicavam a atividades insalubres e perigosas. Esse contexto deu margem à crítica ao formalismo da igualdade liberal-burguesa, plantando as sementes para a emergência de um novo constitucionalismo, mais comprometido com a dignidade humana e a igualdade material” (**Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 81).

⁷⁷ Sobre tais crises, no mundo, confira-se: MAURO, Frédéric. **História econômica mundial**. Tradução de Lincoln Penna. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973. p. 197-403. Com foco no Brasil: FRANCO, Gustavo H. B.; LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. O processo econômico. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz.

absenteísta fracassava ao lidar com o crescente quadro de precarização do trabalho e desumanização das relações sociais. Isso porque a garantia de uma igualdade meramente formal propiciou, por exemplo, uma grande liberdade para que os patrões estipulassem a seu arbítrio as condições de trabalho, resultando no empobrecimento brutal das classes operárias e no agravamento das desigualdades sociais. Com isso, surgem com grande força os movimentos operários, de camponeses e de classes menos favorecidas, que vindicavam dos poderes públicos — para além da garantia de suas liberdades individuais — a garantia de direitos relacionados às relações de trabalho, à educação e, posteriormente, à assistência aos hipossuficientes.⁷⁸

Assim a base material do constitucionalismo social foi a inclusão das pautas relacionadas aos direitos prestacionais, ou positivos, ligados a uma ação do Estado no sentido da promoção da igualdade material. Os direitos sociais e econômicos ganham destaque, no afã de que o Estado abandonasse sua postura abstencionista para assumir um papel ativo na produção e distribuição de bens, intervindo nas relações sociais, econômicas e laborais. Justamente essa busca pela superação da incompatibilidade existente entre a igualdade política e a desigualdade social é que surge a noção de Estado social.⁷⁹

Duas foram as Constituições primogênicas desse modelo constitucional: a Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. A primeira representou um grande marco para a constitucionalização dos direitos trabalhistas, assegurando, no texto constitucional, a limitação da jornada de trabalho, a previsão de salário-mínimo, idade mínima de admissão, previdência social, além da proteção à maternidade e ao salário. A segunda, encorpando a democracia social alemã, ofereceu um texto equilibrado e inovador, consagrando direitos econômicos e sociais relacionados ao trabalho, educação e seguridade social.

Para concretizar os intentos do constitucionalismo social, a engenharia constitucional também precisou se reoxigenar. Dessa maneira, na divisão dos poderes, identificou-se uma intensificação da atuação legislativa, com vasta produção normativa voltada a dar conta das demandas sociais e econômicas que passaram também

A abertura para o mundo: 1889-1930. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 173-237. (Coleção História do Brasil Nação: 1808-2010, v. 3).

⁷⁸ Nesse sentido, veja-se: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

⁷⁹ Confira-se, amplamente, BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, passim.

a ser escopo do Estado. No mesmo cenário, ao Executivo foi delegado o poder normativo para que este estabelecesse a modelagem regulatória e executória das políticas públicas, avolumando-se a atividade administrativa ligada à prestação de serviços públicos e de intervenção estatal na ordem econômica.⁸⁰

Embora o Estado Social também tenha entrado em crise, as bases teleológicas do constitucionalismo social ainda se mantêm atuais. As inúmeras crises econômicas enfrentadas nos últimos anos exponenciam a afirmação. De fato, não há “como subtrair do constitucionalismo um conteúdo social, que imponha, por cima das deliberações da política ordinária, o dever do Estado e da sociedade de reduzirem a miséria e a desigualdade”⁸¹, assim possibilitando a efetivação dos direitos fundamentais dos integrantes dos setores mais vulneráveis da sociedade.

1.2.3 Constitucionalismo democrático

O constitucionalismo é historicamente visto como um movimento fiador da democracia.⁸² Por isso, falar em constitucionalismo democrático, à primeira vista, pode parecer um truísmo. No entanto, o que se almeja com a utilização da expressão é assinalar o específico movimento que busca por bases constitucionais promover e preservar os pilares democráticos de uma dada sociedade, compreendendo e orquestrando os arranjos institucionais que dialogam e tensionam em seu corpo sociopolítico.

A democracia, na particular formulação de Steven Levitsky e Lucan Way, é o sistema que apresenta: (i) eleições livres, justas e competitivas; (ii) sufrágio adulto pleno; (iii) ampla proteção das liberdades civis, abarcando as de expressão, de imprensa e de associação; e (iv) ausência de autoridades “tutelares” não eleitas (v.g., militares, grupos religiosos, monarcas etc.) que limitem a capacidade de governar dos representantes eleitos.⁸³

⁸⁰ Nesse sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 83.

⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 86.

⁸² Fazendo menção à ideia, vale ver: HENKIN, Louis. Elements of constitutionalism. **Review of International Commission of Jurists (Special Issue: The evolving African Constitutionalism)**, n. 60, p. 11-22, jun. 1998, p. 13-14; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 90;

⁸³ LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. **Competitive Authoritarianism**. Nova York: Cambridge University Press, 2010. p. 5-6.

No mesmo sentido, com Yascha Mounk, é possível compreender que “um conjunto de instituições com poder de lei é democrático *contanto que* de fato sirva para traduzir o pensamento popular em políticas públicas”.⁸⁴ Desse modo, democracia é uma escala. O constitucionalismo democrático é o segmento do pensamento constitucional que esculpe e testa as ferramentas para exponenciar a escala democrática.

Nem mesmo as constituições bem projetadas são capazes de sozinhas garantir a democracia, seja em razão de sua incompletude natural, seja por sua ambiguidade terminológica.⁸⁵ A democracia depende de um conjunto mais sofisticado de pensamento político e constitucional.⁸⁶ Nessa senda, justamente, o constitucionalismo democrático assume como missão proporcionar à sociedade ferramentas capazes de coordenar politicamente conflitos e divergências, tendo como baliza os procedimentos democráticos, os princípios jurídicos constitucionalmente entabulados e as regras não escritas do jogo democrático.⁸⁷

Assim, o constitucionalismo democrático foca na adesão e autocomprometimento da sociedade e dos atores políticos e institucionais com o pacto constitucional.⁸⁸ Isso, pois, por inexistir um agente externo e imparcial que imponha as regras democráticas aos *players* da vida constitucional, a ausência de adesão e autocomprometimento ao pacto implica ineficácia constitucional, que, em última escala, pode acarretar uma crise democrática-constitucional.⁸⁹

O processo de erosão democrática das instituições ocupa, hoje, papel destacado no constitucionalismo democrático. Esse processo rivaliza com a ideia de

⁸⁴ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 44.

⁸⁵ Como alerta Chris Thornhill, “a democracia é descrita e promovida em termos constitucionais que não capturam plenamente sua substância” (**Crise democrática e Direito Constitucional Global**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 332). O contemporâneo constitucionalismo democrático se arrisca justamente neste desafio: ir além da descrição insuficiente do fenômeno democrático, adentrando em suas complexas vicissitudes.

⁸⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 100-102.

⁸⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 103.

⁸⁸ Sobre a necessidade desse autocomprometimento em democracias consensuais, isto é, naquelas em que existem vários filtros entre o desejo popular (isto é, o voto) e a política pública concretizada, o que implica maior necessidade de consenso no arranjo político a fim de que dada ação ou projeto possa ser implementado, confira-se: LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2003. p 245-260.

⁸⁹ Vale conferir, por todos, VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 69; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 100 e s.;

democracia liberal, esta compreendida no conjunto de instituições com força jurídica que traduzem as opiniões do povo em políticas públicas, protegendo o Estado de Direito e as garantias individuais para todos os seus cidadãos. Como aponta Adam Przeworski⁹⁰, a democracia trabalha bem enquanto as instituições representativas têm os seus conflitos e tensões naturais absorvidos pelos consensos e regras do jogo democrático. A partir do momento em que tais conflitos e tensões não são absorvidos, as bases democráticas começam paulatinamente a ruir. Esta é uma das principais preocupações do constitucionalismo democrático contemporâneo.

Os atuais estudos de ciência política se preocupam em demonstrar um período de riscos à democracia nos mais variados pontos do globo. Algumas constantes que sempre acompanharam as democracias estáveis colapsaram e, conseqüentemente, criaram uma desconfiança popular sobre a própria democracia.⁹¹

Existem ao menos três constantes que caracterizaram a democracia desde sua fundação, mas que hoje não são mais completamente válidas: (i.a) no período de estabilidade democrática, vasta parcela dos cidadãos observou uma melhoria de seus padrões de vida; (i.b) hoje, porém esta melhora não é tão perceptível, por vezes o que se percebe é o oposto, gerando ansiedade popular com o futuro e trazendo certa desconfiança com a política, pois vista como jogo de soma zero; (ii.a) no período de estabilidade democrática um grupo étnico ou racial sempre foi dominante; (ii.b) hoje, as minorias sociais raciais, com justiça, conquistam lugar à mesa e reivindicam seus justos direitos, o que, embora seja um fato extremamente salutar e irrefreável, tem o efeito de gerar um acirramento no jogo democrático, que muitas vezes dificulta o consenso necessário à democracia; e (iii.a) no período de estabilidade democrática, os meios de comunicação em massa pertenciam exclusivamente às elites políticas e econômicas, o que permitiu ao *establishment* político marginalizar opiniões extremas;

⁹⁰ PRZEWORSKI, Adam. **Crises of democracy**. Nova York: Cambridge University Press, 2019. p. 150, 171 e 172. Para o autor, “Political institutions orderly manage conflicts by (1) structuring conflicts, (2) absorbing conflicts, and (3) regulating them according to rules” (tradução livre: “As instituições políticas administram os conflitos ordenadamente [1] estruturando conflitos, [2] absorvendo conflitos e [3] regulando-os de acordo com regras”).

⁹¹ Há ampla bibliografia sobre o tema, por exemplo, veja-se: PRZEWORSKI, Adam. **Crises of democracy**. Nova York: Cambridge University Press, 2019; MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; THORNHILL, Chris. **Crise democrática e Direito Constitucional Global**. São Paulo: Contracorrente, 2021; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018; ABRANCHES, Sérgio, et al. **Democracia em risco?** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

(iii.b) hoje, com a *internet* e o crescimento das mídias sociais, a balança de poder entre *insiders* e *outsiders* políticos se desregulou, de modo que qualquer cidadão é capaz de rapidamente viralizar uma informação para milhões de pessoas, fortalecendo os incitadores da instabilidade democrática (novos populistas).⁹²

O constitucionalismo democrático, nesse cenário, preocupar-se-á, materialmente e em sua teleologia, com a garantia de que os textos constitucionais sejam instrumentos voltados à competição política e a institucionalização de conflitos, por intermédio de regras (escritas ou não) que assegurem que os embates possam ocorrer legitimamente no leito constitucional.⁹³ Ao fim, visará ao combate à erosão democrática, fortalecendo as regras do jogo democrático e as bases sistêmicas de participação cidadã na construção da sociedade, tudo por intermédio de práticas constitucionais que fortaleçam a adesão e o autocomprometimento com as instituições democráticas, mesmo ante os novos desafios da contemporaneidade.

1.2.4 Constitucionalismo de realidade

Denomina-se constitucionalismo de realidade o movimento preocupado com o real funcionamento das instituições e com a produção de dados metodologicamente rigorosos sobre a teoria e prática constitucional, sem idealizações e importações doutrinárias acríticas. Trata-se, pois, de um constitucionalismo de base empírica, contextualista e antifundacionalista.⁹⁴ Por isso, o constitucionalismo de realidade, embora não despreze as teorias, não se limita às tarefas de conhecer os aspectos jurídico-dogmáticos da Constituição e das instituições democráticas. Vai além: ele visa

⁹² MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 31-32.

⁹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 36.

⁹⁴ Sobre a compreensão do direito como realidade, veja-se: OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. In: MEDRADO, Vitor Amaral; SENA, Lucas Rodrigues. **A justiça sub judice**: reflexões interdisciplinares. São Paulo: Dialética, 2022. p. 83-96. Neste trabalho, esclareço que o Direito deve ser compreendido enquanto realidade empírica dos valores de ação expressos pelas proposições normativas (realidade empírico-formal) e predispostos em razão dos interesses eminentes da sociedade (realidade empírico-substancial). Também pontuo que os conceitos jurídicos devem ser confrontados perante o contexto, a fim de que se verifique o seu valor pragmático, devendo submeter-se à experiência. Por fim, explico que a postura antifundacionalista se relaciona à rejeição a pontos de partida imutáveis, bem como ao afastamento de construções teóricas descoladas da realidade social. Todas essas prévias colocações podem (e serão) utilizadas aqui para bem compreender o constitucionalismo de realidade.

aproximar o Direito Constitucional da realidade que ele normatiza, em termos interdisciplinares, metodológicos e empiricamente demonstráveis.⁹⁵

A ideia material de um constitucionalismo de realidade surge como resposta a uma denunciada crise de realidade por que passa o sistema constitucional brasileiro. Essa crise pode ser verificada em três níveis⁹⁶:

(i) *nível especulativo* – as argumentações constitucionais são desenvolvidas a partir de meras especulações, intuições, sobre a realidade com a qual as respostas normativas pretendem lidar. São especulações não comprovadas sobre o funcionamento das instituições (*v.g.*, o Congresso não é representativo do povo), da sociedade (*v.g.*, a opinião pública quer essa ou aquela decisão) ou do Judiciário (*v.g.*, os Tribunais são os protetores dos valores iluministas da sociedade);

(ii) *nível da artificialidade* – o argumento constitucional, neste nível, é uma construção artificial a serviço das preferências que informam os argumentos normativos. Os fatos e exemplos são selecionados a dedo e recortados cuidadosamente para se encaixar em teses normativas e manter as disputas nos planos teóricos ou conceituais. Como exemplo, têm-se os trabalhos que tentam racionalizar a história, apresentando-a em uma simplista e linear trajetória em que tudo se encaixa perfeitamente; as importações de experiências estrangeiras que, como mágica, responderiam os complexos problemas nacionais; e a invocação de uma ou outra decisão para sustentar conclusões muito mais gerais do que os casos e os seus contextos específicos autorizam.

(iii) *nível do dever ser* – aqui se visa moldar a realidade constitucional de cima para baixo, isto é, torna-se irrelevante como o mundo de fato é, pois, só importa o mundo como ele deveria ser. São visões completamente normativistas, quase sempre fundamentadas em ambiciosas teorias filosóficas, mas cuja arquitetura é dissociada da realidade que pretendem orientar.

Enquanto teoria crítica, o constitucionalismo de realidade é uma resposta a essa crise. Ele, por isso, dá atenção às referências históricas, aos dados sobre o funcionamento das instituições, ao diálogo com experiências de outras democracias

⁹⁵ LEAL, Fernando. Apresentação. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 15-21.

⁹⁶ Trata-se de formulação encontrada em: LEAL, Fernando. Apresentação. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 16-17.

constitucionais, à permeabilidade da dimensão política dos processos de decisão constitucional etc.

Nesse cenário, com base na proposta de Fernando Leal⁹⁷, podemos dizer que o constitucionalismo de realidade possui oito elementos básicos:

(i) *Método científico* – o constitucionalismo de realidade possui como premissa o manejo de dados confiáveis sobre o funcionamento do mundo. Ele exige e estimula, portanto, a produção de evidências empíricas e o emprego de metodologias quantitativas e qualitativas de pesquisa sobre o funcionamento real das instituições.

(ii) *Testes de realidade* – as teorias jurídicas só têm valor para o constitucionalismo de realidade após serem testadas na prática. Não há, assim, uma deferência a modelos intelectuais abstratos. Embora as teorias sejam necessárias para compreender e interpretar os fatos, os pressupostos que as alicerçam devem ser comprovados e verificados mediante a filtragem das previsões sobre as consequências de seus arranjos, posturas institucionais ou alternativas decisórias.

(iii) *Transparência participativa* – os dados produzidos para a compreensão da realidade constitucional não servem só à academia, mas também a sociedade como um todo. Por isso, a linguagem adotada deve ser simples e ampliadora da informação traduzida no dado.

(iv) *Instrumentalidade da doutrina estrangeira* – a literatura estrangeira não pode ser acriticamente importada, pois teorias são desenvolvidas para explicar certas realidades ou determinar condutas à luz de dado contexto. Desse modo, as doutrinas estrangeiras só são úteis enquanto capazes de servir à realidade brasileira ou de determinar condutas à luz de nosso contexto, devendo ser adaptadas tanto a contra-argumentos, quanto a contrarrealidades.

(v) *Diálogos entre justiças constitucionais* – o constitucionalismo de realidade não despreza o diálogo entre Tribunais Constitucionais de diferentes países. Tampouco se prende a divisões tradicionais (*common law* x *civil law*). Ele, na verdade, inspira-se em arranjos de outras nações para entender e sugerir mudanças empiricamente informadas para a realidade nacional.

⁹⁷ LEAL, Fernando. Apresentação. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 18-19.

(vi) *Insuficiência da explicação meramente jurídica* – a adequação de teorias e métodos de decisão constitucional depende de aspectos históricos, de arranjos institucionais e de circunstâncias extrajurídicas.

(vii) *Afirmação da dimensão política da Constituição* – o constitucionalismo de realidade reconhece a dimensão política do texto constitucional e do mundo que ele objetiva regular. Por isso, rechaça a visão de que os Tribunais seriam os únicos ou últimos intérpretes da Constituição, pois prevalece, no constitucionalismo de realidade, a ideia de que os demais Poderes e os cidadãos são partes com igual força no debate público.

(viii) *Imaginação institucional limitada* – o constitucionalismo de realidade, por ser empírico e contextualista, defende a ideia de que as instituições existentes devem limitar a imaginação institucional. Trata-se de um constitucionalismo que objetiva testar os limites da imaginação institucional por meio da prática, da realidade, para que não se desvirtue o desenho constitucional com propostas pautadas em tipos ideais, descolados do plano do possível.

1.2.5 Constitucionalismo globalizado

O constitucionalismo também pode ser analisado à luz da globalização (ou mundialização), entendida como o abrangente fenômeno que descreve o estado do mundo contemporâneo caracterizado, num mesmo tempo: (i) pelo reforço da comunicação, das interdependências e das solidariedades; (ii) pelo fim do isolamento dos Estados e dos espaços regionais; e (iii) pela uniformização das práticas e dos modelos sociais à escala de todo o planeta.⁹⁸

Assim, na teleologia do constitucionalismo globalizado se insere a “busca por maior integração” por meio da “tentativa de ampliação dos ideais e princípios jurídicos adotados pelo ocidente, de maneira que todos os povos reconheçam sua universalidade”.⁹⁹ Dentro desse modelo expansivo do pensamento jurídico-constitucional ocidental, tem-se a visão de que todos os Estados devem garantir os direitos humanos já consagrados – incluindo os direitos à liberdade religiosa, à liberdade de expressão

⁹⁸ Nesse sentido, confira-se, por todos, HERMET, Guy, et al. **Politique et des institutions politiques**. 7. ed. Paris: Armand Colin, 2008. verb. “Mondialialisation”.

⁹⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 29.

etc. –, sendo esta proteção elevada a dogma do qual nenhum país pode se desviar. Assim, como alerta André Ramos Tavares, “em síntese, tem-se uma fase ‘final’ do constitucionalismo, que é justamente a de propagar-se e alcançar todas as nações, unificando os ideais humanos a serem consagrados juridicamente”.¹⁰⁰

1.2.6 Constitucionalismo internacional

Também dentro desse contexto transfronteiriço do constitucionalismo é que se torna possível falar em constitucionalismo internacional.¹⁰¹ Esta é a corrente de pensamento (ou movimento político e intelectual) que objetiva dar ao Direito Internacional características constitucionais. Pretende, pois, que o direito internacional seja uma ordem que fundamenta, organiza e limita o exercício do poder. Busca, outrossim, a imposição de respeito ao princípio da legalidade, à separação de Poderes, ao regime democrático e aos direitos humanos. É, em última escala, uma defesa de um Direito Internacional Constitucional de matizes democráticos e garantistas.¹⁰²

¹⁰⁰ **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 29.

¹⁰¹ Paola Andrea Acosta Alvarado explica que o constitucionalismo internacional pretende satisfazer as necessidades inerentes às trocas de experiências no contexto supranacional, isto é, visa estabelecer controles e limites, compensar a perda de poder do Estado e do direito nacional, estabelecer parâmetros básicos de coerência do sistema, bem como proteção mínima e, em geral, organizar a comunidade internacional e cuidar de seus interesses (**Diálogo Judicial y Constitucionalismo Multinível** – El caso interamericano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 181-215).

¹⁰² Trata-se de excerto retirado de outro trabalho de minha autoria, oportunidade em que também pontuei que: “A discussão acerca da existência de normas constitucionais dentro do direito internacional não é recente. Se bem analisada a questão, perceberemos que, em 1926, Verdross já havia sinalizado o fato. Mas a explicação do fenômeno não é unívoca, senão disputada por diversas escolas:

(a) Escola de Viena: traz um discurso normativo que se preocupa com a cadeia de validade (ou coerência) normativa das normas. Existiria uma constituição de direito internacional que precederia a todas as demais normas e condicionaria a sua existência. Num primeiro momento, a Escola de Viena defendeu que a dita constituição internacional era encarnada nas normas internacionais consuetudinárias e nos tratados de especial relevância (Verdross). Posteriormente, a Escola de Viena passou a identificar na Carta de São Francisco o texto constitucional de direito internacional (Simma).

(b) New Haven School: nesta linha se abandona o conceito formalista da Escola de Viena. Sua vertente é o realismo jurídico. A constituição internacional, aqui, conformar-se-ia nas competências de decisão e de distribuição de atribuições indispensáveis (chamado “processo constitutivo”).

(c) Doutrina da comunidade internacional: sendo a comunidade internacional uma comunidade legal, isto é, regulada pelo Direito, tem-se que dentro dessa regulagem existem normas jurídicas básicas que determinam a forma de produção e validade de outras normas (Mosler). Além dessas normas formais essenciais, há também normas de índole material, substancial, que dão força à necessidade de proteção aos valores comuns da comunidade internacional (Tomuschat). Assim como a Escola de Viena, a doutrina da comunidade internacional também enfoca na existência de normas básicas que pretendem disciplinar aspectos fundamentais ao direito internacional. No entanto, a doutrina da comunidade internacional entende existir uma Constituição internacional independentemente da vontade dos Estados, inclusive contra a vontade destes (diferença quanto ao “como”). Igualmente,

Os principais objetivos do constitucionalismo internacional são: primeiro, o reconhecimento de alguns valores fundamentais que se unem para servir de fundamento e de norte do direito internacional (democracia, legalidade, paz, dignidade humana, solidariedade etc.); segundo, a construção de um quadro normativo, bem como de um quadro institucional adequado à limitação do poder e à salvaguarda dos referidos valores.¹⁰³

Ademais, necessário se ter em mente que o constitucionalismo se divide em formal e substancial. O primeiro trata de procedimentos e estruturas constitucionais.

a doutrina da comunidade internacional faz menção a valores comuns partilhados pela sociedade comunitária, enquanto a preocupação da Escola de Viena se dirige mais à cadeia de validade (ou coerência) normativa das normas.

(d) Constitucionalismo multinível: ante a necessidade de integração dos direitos humanos nas nações unidas (Petersmann) é possível reestruturar uma constituição política de uma sociedade mundial descentralizada como um sistema multinível de governança (Habermas). Veremos mais sobre essa escola no decorrer do presente ensaio.

Ademais, sobre os modelos de constitucionalismo internacional, é possível apontar a existência das seguintes propostas:

(a) Constitucionalismo social: o principal objetivo desta visão é assegurar a coexistência na sociedade internacional. O constitucionalismo é, assim, dissociado inteiramente do Estado (Teubner). A Constituição internacional emerge de forma incremental, através de progressivo processo de constitucionalização de subsistemas autônomos da sociedade. A ênfase, aqui, é a participação do indivíduo na sociedade.

(b) Constitucionalismo institucional: ele olha para onde o poder está situado na esfera internacional e busca legitimar esse poder por meio de sua institucionalização. A visão mais comum desta dimensão é aquela que descreve a Carta das Nações Unidas como a Constituição global (Fassbender).

(c) Constitucionalismo normativo: identifica normas específicas como normas constitucionais globais, as quais fornecem uma estrutura para a Constituição global. Estas normas assumem o caráter de constitucionais e globais, pois, supostamente, possuem valor moral inerente (v.g., proibição à tortura). Os autores agrupam essas normas referindo-se a lei mundial, normas fundamentais ou normas de *jus cogens*.

(d) Constitucionalismo analógico: sugere uma analogia entre a ordem interna e a internacional (Kumm).

Embora tais classificações sejam úteis, nenhuma delas é taxativa ou suficiente per se. Por isso, para bem compreender o fenômeno de constitucionalização internacional se faz necessária uma análise ampla e integrada de todas as escolas e modelos que, até então, se dispuseram a analisar o assunto” (OLIVEIRA, Lucas Soares de. Tópicos para debate a respeito da Justiça e diálogos constitucionais: um ensaio sobre pensamentos candentes no Direito Constitucional Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 15, n. 48, p. 55-80, jul./dez. 2021. p. 60-62).

¹⁰³ De tal modo, a constitucionalização configura o processo pelo qual se materializa o constitucionalismo, ou seja, o processo (*work in progress*) por meio do qual se implementam estruturas, procedimentos ou normas que cumprem funções constitucionais no âmbito do direito internacional. Nesse sentido: OLIVEIRA, Lucas Soares de. Tópicos para debate a respeito da Justiça e diálogos constitucionais: um ensaio sobre pensamentos candentes no Direito Constitucional Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 15, n. 48, p. 55-80, jul./dez. 2021. p. 62.

O segundo se encarrega de certos valores e princípios constitucionais. Novamente, mister se faz a preocupação com ambas as perspectivas.¹⁰⁴

O discurso do constitucionalismo internacional interage com enfoques normativos, descritivos e conceituais. O primeiro (*normativo*) diz respeito a como o Direito Internacional deve ser no futuro do ponto de vista constitucional ou, em outras palavras, quais são os objetivos que o constitucionalismo internacional persegue ou deveria perseguir. O segundo (*descritivo*) é dedicado à contabilização dos elementos que hoje podem ser encontrados no campo do Direito Internacional e que podem ser classificados como constitucionais. O terceiro (*conceitual*) explicará o fenômeno constitucional e construirá conceitos úteis para sua consolidação, bem como estudar as questões mínimas que devem ser atendidas para se chegar a uma efetiva constitucionalização.¹⁰⁵

Bom registrar, no entanto, que o constitucionalismo internacional não é um movimento uniforme e regular. A sua concretização ocorre de forma díspar. Alguns temas já se encontram bem consolidados (*v.g.*, dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional internacional); outros ainda dependem de consolidação (*v.g.*, separação dos Poderes em matéria constitucional internacional).

De todo modo, hoje, três grandes teorias no constitucionalismo internacional ganham destaque e, por isso, merecem um breve espaço de análise neste trabalho, quais sejam: o transconstitucionalismo, a interconstitucionalidade e o constitucionalismo multinível.¹⁰⁶

O transconstitucionalismo, proposto por Marcelo Neves¹⁰⁷, apresenta-se como fenômeno que diz respeito às formas de relação entre ordens jurídicas diversas para resolução de problemas constitucionais. Assim, por meio do transconstitucionalismo são estabelecidas conversações entre os tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, bem como com instituições jurídicas nativas, a fim de se

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Lucas Soares de. Tópicos para debate a respeito da Justiça e diálogos constitucionais: um ensaio sobre pensamentos candentes no Direito Constitucional Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 15, n. 48, p. 55-80, jul./dez. 2021. p. 62.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Lucas Soares de. Tópicos para debate a respeito da Justiça e diálogos constitucionais: um ensaio sobre pensamentos candentes no Direito Constitucional Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 15, n. 48, p. 55-80, jul./dez. 2021. p. 62.

¹⁰⁶ Sobre o tema, adotou-se a abordagem já elaborada em: OLIVEIRA, Lucas Soares de. Tópicos para debate a respeito da Justiça e diálogos constitucionais: um ensaio sobre pensamentos candentes no Direito Constitucional Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 15, n. 48, p. 55-80, jul./dez. 2021. p. 57.

¹⁰⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 115-116.

alcançarem soluções para problemas constitucionais que se apresentam simultaneamente em diversas ordens, não havendo que se falar em hierarquia entre esses órgãos.

Já a interconstitucionalidade, defendida por J. J. Gomes Canotilho¹⁰⁸, pode ser definida como a teoria que tem como objeto de estudo “as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”. Destarte, a teoria do destacado jurista português aborda os problemas da articulação entre Constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas, especificamente à luz das celeumas vivenciadas pela União Europeia.

O constitucionalismo multinível, enfim, segundo sustenta Ingolf Pernice¹⁰⁹, configura — para o autor — a única resposta correta aos desafios atuais da globalização. Assim, a ideia de constitucionalismo multinível se desenvolveria pela adaptação do conceito de constituição às necessidades do sistema de governança multinível. No constitucionalismo multinível, o sistema normativo forma materialmente uma unidade jurídica, de modo que não haveria que se falar, por exemplo, em hierarquia entre o Direito Internacional e o Nacional, mas sim em primazia da norma, a depender do nível de ação da situação concreta em questão. A unidade do sistema constitucional multinível se postaria no fato de que a fonte originária de sua legitimidade é a pessoa humana.

1.2.7 Constitucionalismo latino-americano

O constitucionalismo latino-americano traduz movimento político, jurídico e social, singularizado (i) pela forma de estruturação do poder, fruto da instabilidade que marca os países latino-americanos; (ii) pela ênfase nos direitos sociais e na promoção da inclusão; e (iii) pela incorporação radical do multiculturalismo como componente do sistema jurídico.¹¹⁰

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012. p. 266.

¹⁰⁹ PERNICE, Ingolf. **La dimensión global del constitucionalismo multinivel**: una respuesta global a los desafíos de la globalización. Madrid: Ceu Ediciones, 2012. p. 6 e 18-19.

¹¹⁰ Sobre o tema, confira-se: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo latino-americano: Sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, ano 18, n. 11, jan./ jun. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10592/19129>. Acesso em: 2 jul. 2022;

Quanto à forma de estruturação dos poderes, o constitucionalismo latino-americano trabalha na correção das incapacidades institucionais relacionadas a regimes historicamente marcados pelo patrimonialismo, coronelismo, nepotismo, amadorismo político etc. Também há preocupação com a excessiva concentração de poderes no chefe do Executivo de alguns países, enquanto sinal agravante do risco de hiperpresidencialismos ou mesmo instauração de ditaduras.

Como solução, o constitucionalismo latino-americano propõe o fortalecimento de mecanismos de participação popular que consigam, se não neutralizar os efeitos negativos da concentração do poder nas mãos de um agente (ou de poucos agentes), ao menos criar outros canais de manifestação da sociedade que possam se contrapor a essa fragilidade. Além disso, a visão andina de constitucionalismo também dá destaque às cláusulas constitucionais assecuratórias da autonomia técnica ou institucional de órgãos como o Ministério Público, advocacia pública, Tribunais de Contas etc., que funcionam como órgãos estratégicos de consolidação de contrapoderes das vias de controle popular e fortificam a cláusula de neutralização do espaço ampliado do presidencialismo na América Latina.¹¹¹

Quanto ao prestígio aos direitos socioeconômicos, o legado de exclusão e cisão social que marcou a história de todos os países latino-americanos tornou fértil o argumento da sobrevalorização dos direitos sociais e da inclusão das minorias. As Constituições latino-americanas não só trouxeram a previsão de direitos socioeconômicos, mas também se preocuparam com a sua efetivação por intermédio de um agir estatal jurisdicionalmente vindicável. Com isso, no contexto do constitucionalismo latino-americano, o Poder Judiciário passou a ser “identificado como instância garantidora contra

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista general de derecho público comparado**, n. 9, p. 1-24, 2011; GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (coord.) **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. México, DF: Romero de Terreros, 2011. p. 87-108; BARCELOS, Renato de Abreu. Revolução ou reforma? Uma reflexão sobre o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, ano 18, n. 11, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10592/19130>. Acesso em: 2 jul. 2022; BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, ano 16, n. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/338/3242>. Acesso em: 2 jul. 2022.

¹¹¹ Nesse sentido: VALLE, Vanice Regina Lirio do. Constitucionalismo latino-americano: Sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, ano 18, n. 11, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10592/19129>. Acesso em: 2 jul. 2022.

a eventual infidelidade dos demais poderes, no cumprimento do projeto de (re)democratização e inclusão vazado nos respectivos textos constitucionais”.¹¹²

Derradeiro vetor que se destaca no constitucionalismo latino-americano é o compromisso mais radical com o multiculturalismo, reconhecido como parte integrante do próprio sistema jurídico. Com isso, rompe-se com a lógica eurocêntrica que identifica o direito com a produção estatal, excluindo qualquer outra manifestação normativa que não a oficial. A visão multiculturalista e pluralista, como destaca Vanice Regina Lírio do Valle¹¹³, compreenderá desde fórmulas mais tímidas (v.g., a menção ao pluralismo no preâmbulo das Constituições colombiana e peruana) até compromissos mais radicais como: a garantia em favor dos povos indígenas de conservação de suas formas próprias de convivência e organização social e de geração de autoridade (art. 57, 1 e 9, da Constituição equatoriana); e a preservação da identidade étnica e cultural indígena, nisto se incluindo a sua cosmovisão, valores e espiritualidade (art. 121 da Constituição venezuelana e art. 63 da Constituição paraguaia).

1.2.8 Constitucionalismo ambiental

A noção de constitucionalismo ambiental parte da ideia de se colocar a realidade ambiental e ecológica no centro do debate jurídico-constitucional. O Estado Constitucional de Direito se reconheceria e se declararia parte do ecossistema planetário; compartilharia das preocupações com a sobrevivência das espécies e do planeta; e manifestaria a sua vinculação solidária aos sistemas que regem a vida na Terra.¹¹⁴ Nessa quadra, segundo Rudolf Steinberg, o Estado Constitucional Ecológico,

¹¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo latino-americano: Sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, ano 18, n. 11, jan./ jun. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10592/19129>. Acesso em: 2 jul. 2022.

¹¹³ Constitucionalismo latino-americano: Sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, ano 18, n. 11, jan./ jun. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10592/19129>. Acesso em: 2 jul. 2022.

¹¹⁴ Nesse sentido, confira-se: CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene, et al. (orgs.). **Estudos de direito ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 31-44; STEINBERG, Rudolf. **Der ökologische Verfassungsstaat**. Frankfurt: Suhrkamp, 1998, passim; MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 301-305; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Economia versus Direito ambiental – A opção brasileira. **Revista de Direito Empresarial (RDEmp)**, ano 9, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/132/10494/16889>. Acesso em: 26 jun. 2022; SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; OCAMPO, Eduardo Díaz. El pluralismo jurídico y los derechos a la Pachamama. **Revista Brasileira de Estudos**

fruto do constitucionalismo ambiental, consistiria na última etapa de evolução do Estado Constitucional, sendo representativo do paradigma de organização sociopolítica contemporânea.¹¹⁵

1.2.9 Constitucionalismo digital

Atualmente tem-se discutido a existência de um constitucionalismo digital, consistente na análise das interações entre a Constituição e o mundo das inovações tecnológicas. Na esteira de Amélia Ancog, é possível dizer que “pode-se medir a força dos esforços de um país para o seu desenvolvimento através de sua estrutura legal, que incentive e acomode inovações, produtividade e excelência”.¹¹⁶ Nessa senda, “uma fórmula jurídica de grande impacto é a de estruturar esse incentivo na própria Constituição”.¹¹⁷

As profundas mudanças ensejadas pelo avanço tecnológico — cujos reflexos na vida política, social, jurídica etc. são inegáveis — deram azo à ideia de constitucionalismo digital. Este, bem verdade, não se resume na mera descrição do cenário de revolução tecnológica ora experimentado, tampouco se restringe ao exame das prescrições regulativas das novas tecnologias. De fato, os defensores da ideia de constitucionalismo digital advogam que ela tem potencial para produzir uma revisão crítica da própria estrutura do movimento constitucional.¹¹⁸

O constitucionalismo digital pode ser enfocado de três modos: (i) o do Estado político-digital; (ii) o do reflexo prático e ideológico da tecnologia na prática constitucional; e (iii) as iterações entre mundo digital e direitos humanos.

(i) Estado político-digital

Constitucionais (RBEC), ano 15, n. 36, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/20690/30853>. Acesso em: 26 jun. 2022.

¹¹⁵ Veja-se: STEINBERG, Rudolf. **Der ökologische Verfassungsstaat**. Frankfurt: Suhrkamp, 1998, passim; MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 304.

¹¹⁶ ANCOG, Amélia C. Law, science, and technology. **Law and Technology, Washington**, v. 26, n. 3, 1993. p. 3. No mesmo sentido, vale conferir: TAVARES, André Ramos. Ciência e Tecnologia na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, ano 44, n. 175, p. 7-20, jul./set. 2007.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 30.

¹¹⁸ Sobre o tema, ver: CELESTE, Edoardo. Digital Constitutionalism: a New Systematic Theorization. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, issue 1, p. 76-99, 2019; GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **Berkman Klein Center Research Publication**, n. 2015-15, p. 2-22, nov. 2015; TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution. **The Italian Law Journal**, v. 03, n. 01, p. 193-205, 2017.

O Estado, entendido enquanto constructo político, jurídico e social, é produto da organização e racionalização dos poderes. Por isso, as inovações tecnológicas têm condão de modificar os fatores de organização e racionalização dos poderes que ordenam o Estado moderno. Basta pensar que nos últimos séculos invenções como trens, carros, aviões, indústrias, eletricidade, telefone, rádio, fontes energéticas, cinema, televisão, computadores, *internet*, celulares, *tablets* etc., transformaram não só a vida social, mas também a organização do poder político.¹¹⁹ Essas inovações, em especial àquelas ligadas à computação e à comunicação digital, permitiram uma ressignificação do tempo-espço por meio do intercâmbio transfronteiriço e instantâneo de informações.¹²⁰

No que tange à prática político-constitucional, por exemplo, a *internet* pode ser instrumento facilitador da propagação de informações democráticas e educacionais, mas também de discursos de ódio; as redes sociais podem promover uma sadia organização da sociedade civil para fins legítimos, como podem criar amplas redes de *trolls*, *fakes* e outros atores que objetivam desacreditar a democracia; e os aplicativos tecnológicos podem servir ao desenvolvimento saudável da população ou podem causar grande impacto na personalidade e na psique, com danos psicológicos, em muitos casos severos, a pessoas vulneráveis e fragilizadas.¹²¹

(ii) Reflexo prático e ideológico da tecnologia na prática constitucional

Pela perspectiva ideológica, vale realçar que posturas anarcocapitalistas entre programadores, desenvolvedores e profissionais da computação em geral, não são raras. Não à toa, geralmente, os sistemas, *softwares* e aplicativos são construídos para maximizar os anseios individuais, em nome de uma suposta autonomia individual digital que enxerga Estado e a regulação estatal como grandes inimigos.¹²²

¹¹⁹ Para mais, ver: SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: living together in a world transformed by tech.** Oxford: Oxford University Press, 2018, passim.

¹²⁰ ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

¹²¹ ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

¹²² ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

Por outro lado, interessante observar que a tecnologia digital também diminui autonomia individual. Isso, diga-se, por alguns motivos: primeiro, pois os contratos e termos de aquiescência eletrônicos são mecanismos de pura adesão que desprestigiam a vontade do anuente; segundo, porque a ubiquidade tecnológica, que invade as esferas sociais e de intimidade de cada pessoa, acaba por minorar os direitos de personalidade ligados à privacidade e à autodeterminação livre de influências externas.¹²³

Outro problema prático que a perspectiva liberal imantada em vasta parte dos avanços tecnológicos gera diz respeito à ausência de igualdade e da justiça social. Nesse cenário, a inclusão digital e tecnológica carece de recursos privados e de políticas públicas sérias e institucionalizadas para sua implementação. Hoje, dentro desta busca pela promoção de igualdade e justiça social no mundo digital, os recursos privados e as políticas públicas tradicionais se mostram insuficientes, no Brasil e no mundo.¹²⁴

Com efeito, hodiernamente não mais existe uma cisão entre mundo analógico e digital. Há, sim, um mundo integrado e compartilhado. Assim, o constitucionalismo digital não versa somente sobre questões tecnológicas em sentido estrito. Como a realidade, o Direito e a vida cotidiana incorporaram de forma indelével os aspectos tecnológicos, o constitucionalismo na sua versão digital é um promissor campo de estudo para a teoria constitucional contemporânea.¹²⁵

(iii) Iterações entre o mundo digital e os direitos

Por fim, dentre os enfoques dados ao constitucionalismo digital, há de se reconhecer que os usuários da tecnologia, os desenvolvedores, as empresas de tecnologia, os governos etc., constantemente reivindicam, incorporam, reconhecem e

¹²³ ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

¹²⁴ ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

¹²⁵ ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

propõem direitos nas interações tecnológicas.¹²⁶ Como alerta Ilton Noberto Robl Filho, “[a] batalha por direitos está no coração do constitucionalismo contemporâneo, logo digital”, pois: as empresas de tecnologia desenvolvem termos de uso na linguagem dos direitos; o Estado, por meio do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, tutela os direitos a dados pessoais e ao acesso à tecnologia; e, por fim, os atores sociais lutam por reconhecimento de direitos mediante utilização de aplicativos, das redes sociais e da interação por meio da internet.¹²⁷

Porém, nesta interação entre mundo digital e a promoção de direitos nem tudo são flores. Há também riscos. A adição de robôs e de inteligência artificial modifica a esfera pública, gerando com frequência desinformação e *fake news*, o que acaba por deteriorar o princípio democrático e gerar discussões a respeito dos limites do direito fundamental à liberdade de expressão.

1.3 Considerações finais ao capítulo

O constitucionalismo, como se nota de suas múltiplas facetas, é movimento de verve garantista, que cristaliza anseios políticos, sociais e jurídicos pela limitação do poder arbitrário, por meio de mecanismos como a separação funcional dos Poderes e a garantia de direitos aos cidadãos. Em última escala, o constitucionalismo (ou melhor, os constitucionalismos) possui viés emancipatório, com nítida feição democrática, seja qual for o substrato finalístico que ele assuma enquanto pensamento constitucional.

É importante frisar essas características naturais ao constitucionalismo, bem como ressaltar sua polivalência, pois a proposta deste trabalho visa abordar o lado desvirtuado do constitucionalismo. Isso porque, tal como na lógica aristotélica dos regimes políticos¹²⁸, o constitucionalismo também pode se degenerar e, nesse

¹²⁶ Vale ver: KARPPINEN, Kari; PUUKKO, Outi. **Four Discourses of Digital Rights: Promises and Problems of Rights-Based Politics**. *Journal of Information Policy*, v. 10, p. 304-328, 2020.

¹²⁷ ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

¹²⁸ A filosofia política aristotélica aponta a existência de seis regimes políticos, sendo três deles saudáveis e três degenerados. Nessa senda, quando a distribuição do poder opera segundo um estado de liberdade, sendo entregue o poder ao povo, há democracia; já distribuição conforme ao critério da virtude e organização, que essencialmente vincula o poder a alguns, os ditos mais capacitados, corresponde à aristocracia; e a distribuição segundo o critério da unidade, tradição ou nobreza, corresponde à monarquia, em que o poder se concentra nas mãos de uma pessoa. A exacerbação dos princípios da democracia culminaria na demagogia, concretizada pela cegueira ocasionada na maioria da população por um pensamento vicioso propagado pelo déspota demagogo; a

cenário, a exasperação da dose do remédio, que é o constitucionalismo, transformado em certo tipo de veneno.

Contudo, antes de adentrar no estudo do abuso constitucional e suas variantes, coloca-se como um dever primordial o esclarecimento de algumas premissas e conceitos importantes à compreensão do constitucionalismo abusivo exercido pelos Tribunais Constitucionais, inclusive com a delimitação semântica da escolha pelas expressões “Tribunal Constitucional” e “justiça constitucional”, em detrimento de outras opções. No mesmo caminho, a abordagem poderá prosseguir ao essencial enfrentamento dos limites da legitimidade do Tribunal Constitucional, enquanto balizas de aferição do comportamento abusivo da Corte. E, mais adiante, ter-se-á o rumo aberto para o diagnóstico da atuação do STF enquanto agente de constitucionalismo abusivo, seja pela via teórica, seja pela exemplificação prática.

degeneração da aristocracia se veria na oligarquia, em que o grupo detentor do poder governa para atender a interesses próprios; e a monarquia se envenenaria pela tirania, onde um governante se arvoraria abusivamente no poder (ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: EDIPRO, 2019).

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CONFIGURAÇÃO, ALCANCE E LEGITIMIDADE

O presente capítulo se concentrará na delimitação de conceitos e premissas importantes para o desenvolvimento final deste trabalho. Nessa senda, se justificará a escolha semântica pelos termos “justiça constitucional” e “Tribunal Constitucional” para representar a instância e o ator encarregado da tutela definitiva do constitucionalismo democrático. Ainda, se explicará a relação existente entre o que se entende, neste trabalho, por Tribunal Constitucional e a nova dinâmica da separação de Poderes. Por fim, se empreenderá uma breve investigação a respeito dos fundamentos e limites da legitimidade do Tribunal Constitucional, como passo inicial para se entender o constitucionalismo abusivo enquanto prática concretizada ao arrepio dos limites da legitimidade constitucional do Tribunal.

2.1 Abrangência e pertinência da acepção “Tribunal Constitucional”

O alcance das expressões “justiça constitucional”, “jurisdição constitucional” e “Tribunal Constitucional” sempre gerou acirrada controvérsia doutrinária. Contudo, é fundamental para este trabalho delimitar a abrangência que se planeja dar as aludidas expressões.¹²⁹

2.1.1 Jurisdição constitucional

A primeira expressão que merece enfrentamento é: “jurisdição constitucional”. Se analisadas as clássicas definições da processualística a respeito da “jurisdição”, ver-se-á, enquanto linha comum, um conceito amplo, ligado à ação de “dizer o Direito”

¹²⁹ Nesta empreitada será de fundamental auxílio: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 141-159.

e torná-lo aplicável ao caso¹³⁰, inclusive com a possibilidade de os Tribunais, no exercício da jurisdição, nulificar atos contrários ao sentido manifesto da Constituição.¹³¹

Por sua vez, a expressão “jurisdição constitucional”, embora identifique a parcela de atividade pela qual se realiza processualmente a proteção da Constituição em suas variadas dimensões, tem sido mais utilizada para “designar a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição”¹³², ou seja, como rótulo ligado à atividade de controle da constitucionalidade das leis.¹³³

De todo modo, a doutrina tem-se dividido em duas ao analisar o alcance da expressão “jurisdição constitucional”. Para uns, o conceito seria de viés restritivo; para outros, ampliativo. Assim, há quem aponte que o conceito de “jurisdição constitucional” é de exegese restritiva, ou limitada, pois deve pressupor um tribunal que desempenhe apenas a curadoria da Constituição, assegurando seu cumprimento.¹³⁴ Isso porque, para autores como José Alfredo de Oliveira Baracho, a jurisdição constitucional necessariamente se ligaria à defesa da Constituição sob todos os seus aspectos, desde que operada por um tribunal como função exclusiva, isto é, eliminando do conceito os tribunais que desempenhem a jurisdição comum concomitantemente.¹³⁵

Contudo, outros autores, a exemplo de Maria Luisa Balaguer Callejon¹³⁶, dispensam o requisito da exclusividade, admitindo que qualquer cumprimento da Constituição (e sua defesa) seria exercício de jurisdição constitucional. Ocorre que essa construção, contudo, dada sua amplitude, torna-se frágil metodologicamente, pois não sublinha nenhuma particularidade que justifique o seu estudo autônomo. É dizer: o seu uso se veria alargado para os casos em que os Tribunais em geral dessem

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965. p. 301; ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional como fontes do direito. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 16, n. 1-2, p. 215-229, dez. 1987. p. 222; e GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. 6. ed. Madrid: Occidente, 1961. p. 103.

¹³¹ HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. **The federalist**. New York: Barnes&Noble, 1996. p. 491.

¹³² TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 270.

¹³³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 144.

¹³⁴ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 145; e ZAMUDIO, Héctor Fix. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968. p. 15.

¹³⁵ **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 97.

¹³⁶ CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 35.

cumprimento à Constituição, confundindo-se com o conceito de “jurisdição” e deixando de justificar a sua análise em separado.

Além da análise quanto à extensão do conceito, a “jurisdição constitucional” também pode ser enfocada pelo prisma processual. Nesse sentido, a “jurisdição constitucional” se relaciona ao estudo de questões ligadas à defesa e ao cumprimento último da Constituição mediante um processo de decisão de caráter jurisdicional. Neste prisma, apartam-se das discussões inerentes à “jurisdição constitucional” as questões — para nós essenciais — ligadas à natureza política ou jurídica do processo e da decisão que dele deriva; problemas de legitimidade democrática, porquanto a legitimidade na jurisdição já estaria predeterminada processualmente; os custos de transação e consequências políticas inerentes aos diálogos institucionais etc.¹³⁷

As observações acima conjugadas indicam que seja mais salutar que, tendo em vista os objetivos mais amplos do presente trabalho, a expressão “jurisdição constitucional” seja, de certo modo, deixada de lado. Isso, pois, a “jurisdição constitucional”, quando trabalhada restritivamente, ancora-se na ideia de exclusividade da função de defesa da Constituição por um Tribunal, quando, como se verá, preferível seja trabalhada a questão em uma perspectiva de predominância funcional; já o conceito amplo se confunde com o próprio conceito de “jurisdição” e não representa um avanço metodológico no tratamento da questão; e, por fim, o vislumbre processualístico da jurisdição constitucional acaba deixando de lado importantes fatores extraprocessuais que merecem ser considerados, sobretudo em uma tese que ambiciona tratar do constitucionalismo abusivo, sendo este um instituto naturalmente fincado no diálogo entre os Poderes.¹³⁸

2.1.2 Justiça constitucional

As polêmicas a respeito do alcance terminológico não alcançam apenas a expressão “jurisdição constitucional”, senão abraçam, de igual modo, a expressão “justiça constitucional”. O imbróglio é tamanho que ora as expressões são tidas como sinônimas, ora diferenciadas pelas mais diversas razões. De qualquer forma, delimitar o alcance da expressão “justiça constitucional” é primordial para este trabalho, já que

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 147.

¹³⁸ Nesse sentido, confira-se também a opinião de: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 147.

a locução faz parte da caixa de ferramentas utilizadas para construir o núcleo duro da dissertação.

De imediato, cumpre reconhecer que há quem indique a equivalência entre as expressões “jurisdição” e “justiça constitucional”. Porém, em termos metodológicos, essa sinonímia não nos interessa, pois o objetivo do presente tópico analítico é justamente justificar a opção terminológica feita neste trabalho, o que implica reconhecer diferenças e, de certa forma, superioridade no confronto das expressões testilhadas.

A primeira diferença a ser apontada, com o apoio no magistério de Mauro Cappelletti¹³⁹, liga-se ao rechaço de visões que simplesmente equiparem a “justiça constitucional” com o controle jurisdicional de constitucionalidade. Com efeito, o controle de constitucionalidade, apesar de sua inegável importância, representa apenas um dos vários possíveis aspectos da “justiça constitucional”.¹⁴⁰

A expressão “justiça constitucional” também se singulariza por unir aspectos predominantemente axiológicos com outros de índole rigorosamente jurídica — afastando-se, assim, da visão processual a respeito da “jurisdição constitucional”.

Em termos axiológicos, a “justiça constitucional” se manifesta pelos instrumentos aptos a dar efetividade às normas fundamentais, máxime em atenção aos princípios valorativos supremos, cujo teor irradia-se por todo o ordenamento.

Por outro lado, em termos jurídicos, a “justiça constitucional” pode ser concebida como o método por meio do qual se encomenda a determinados órgãos do Estado a imposição forçada dos mandamentos jurídicos supremos àqueles outros organismos de caráter público que excederam os limites, estabelecidos para sua atividade na própria Constituição.¹⁴¹

Sobre o avanço para setores não estritamente jurídicos, vale destacar a visão de Federico Sorrentino¹⁴², para quem, na perspectiva da “justiça constitucional”, as escolhas do poder político, que conta com ampla legitimação democrática, ficam

¹³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1970. p. 1-2.

¹⁴⁰ Malgrado estejamos com Mauro Cappelletti (ver nota *supra*), devemos registrar que muitos juristas utilizam a expressão “justiça Constitucional” para estudar o controle da constitucionalidade e seus princípios sem maiores esclarecimentos (ver, por exemplo, CARIAS, Allan R. **Estado de derecho y control judicial. Justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. p. 17 e ss.).

¹⁴¹ ZAMUDIO, Héctor Fix. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968. p. 15.

¹⁴² SORRENTINO, Federico. **Lezioni sulla giustizia costituzionale**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1998. p. 9.

submetidas ao controle do juiz, que faz valer, em caso de contraste, as razões da Constituição contra a vontade política contingente. Essa percepção se liga a uma ideia ampla de “justiça constitucional”, com potencial para abrigar temáticas que circundam a ideia de garantia da Constituição, incluindo o problema da legitimidade democrática.¹⁴³

Neste trabalho, a expressão “justiça constitucional” tem uso identificado na obra de André Ramos Tavares, servindo para designar a justiça desenvolvida no âmbito do Tribunal Constitucional (expressão a ser precisada nos tópicos seguintes), incluindo o estudo de sua origem histórica, seu posicionamento entre os poderes, suas principais categorias funcionais, sua morfologia e natureza de sua atividade, seu processo decisório, além do conteúdo e dos limites inerentes à legitimidade democrática que permeia o Tribunal Constitucional.¹⁴⁴

Neste panorama, torna-se importante ao estudo da “justiça constitucional” a análise do “Tribunal Constitucional”. Aqui, mister registrar que mesmo nos modelos que, como o nosso, acolhem a possibilidade de outros tribunais e magistrados exercerem o controle da constitucionalidade, a “justiça constitucional” será expressão útil, pois nestes casos, o Tribunal Constitucional representará a última instância do debate constitucional.

Trata-se, assim, de ressaltar a instância decisória definitiva que realiza “justiça constitucional” com alcance geral. É no Tribunal Constitucional que as funções inerentes à “justiça constitucional” assumem maior importância, ainda que não se possa falar necessariamente em exclusividade — como se fala na teoria restritiva da “jurisdição constitucional”.¹⁴⁵

Com efeito, se se admite que diversos sejam os órgãos oficiais a concretizarem a Constituição, deve-se promover um adequado entrosamento entre eles, por meio de um Tribunal Constitucional com competência para ser vértice de todo o sistema, sendo expressão máxima e fechamento da “justiça constitucional”.¹⁴⁶ Uma teoria da justiça constitucional assim estruturada visa assinalar e ressaltar a aplicação intransigente

¹⁴³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 150.

¹⁴⁴ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 151.

¹⁴⁵ CORRÊA, Oscar Dias. **A crise da Constituição, a constituinte e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. RT, 1986. p. 69.

¹⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 152-153.

do postulado da unidade da própria Constituição.¹⁴⁷ Decorre daí o estudo centrado nessa instituição, o Tribunal Constitucional.¹⁴⁸

2.1.3 Tribunal Constitucional

São variadas as interpretações dadas à aceção “Tribunal Constitucional”. Há, por exemplo, quem negue tal carácter às Cortes Supremas, restringindo a denominação de “Tribunal Constitucional” aos órgãos autônomos dos demais poderes (inclusive do Judiciário), cujo objetivo seja, com exclusividade e monopólio, exercer o controle de constitucionalidade.¹⁴⁹ Essa visão pode ser um bom local de largada para a análise do instituto, em especial porque ela frisa alguns pontos que, em razão da sua negativa, caracterizam a visão que se pretende adotar neste trabalho sobre a expressão.

O primeiro ponto de rechaço se liga à noção de que o “Tribunal Constitucional” deve ser órgão autônomo dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário, funcionando como um “Poder Corretor”¹⁵⁰ dos demais poderes.¹⁵¹ Porém, parece-nos que o posicionamento estrutural do Tribunal é uma opção político-constituente de índole formal ou organizacional; não um elemento crucial para a caracterização de sua natureza. Se há países que adotaram o modelo de independência do Tribunal Constitucional com relação a outros Poderes (a exemplo da Espanha¹⁵²), inegável que também há outras numerosas nações que preferiram o modelo integrativo, que aloca o Tribunal

¹⁴⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 152.

¹⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 153.

¹⁴⁹ Com esse apontamento, remontando à tese kelseniana original no *Verfassungsgerichtsbarkeit*, confira-se: PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 289 e s.

¹⁵⁰ Para Louis Favoreu, o Tribunal Constitucional seria o quarto poder ou o poder controlador dos demais (**Los tribunales constitucionales**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 28).

¹⁵¹ Na Espanha, alertam Jorge de Esteban e Pedro José González Trevijano, o Tribunal Constitucional posta-se ao lado dos demais poderes (o Poder Moderador, o Poder Executivo, o Poder parlamentar e o Poder Judicial), atuando como um “Poder Corretor”, de viés fortemente político (**Curso de Derecho Constitucional Español**. Madrid: Complutense, 1994. t III. p. 140-260).

¹⁵² Citando o exemplo da Espanha: ESTEBAN, Jorge de; TREVIJANO, Pedro José González. **Curso de Derecho Constitucional Español**. Madrid: Complutense, 1994. t III. p. 140-260.

Constitucional no topo da hierarquia do Judiciário (como Alemanha¹⁵³ e, temperadamente, Portugal¹⁵⁴).

Como alertam Lúcio Pegoraro e Ângelo Rinella,¹⁵⁵ comparativamente, os ordenamentos naturalmente variam quanto à formatação do órgão incumbido de concretizar a justiça constitucional: há modelos de integração do Tribunal Constitucional ao Poder Judiciário; modelos de relativa independência ou paralelismo; e modelos *ad hoc*. Isso diz pouco sobre o órgão em si¹⁵⁶, pois o que materialmente interessa para a definição de um Tribunal Constitucional é sua aptidão para tornar definitiva a justiça constitucional, ou seja: independente da sua alocação no esquema de poderes de dada nação, diz-se Tribunal Constitucional a instância competente para ultimamente administrar a justiça em matéria constitucional.

Quanto ao monopólio da defesa e cumprimento da Constituição, a tese que vê sua imprescindibilidade para a caracterização de um “Tribunal Constitucional” é prontamente vencida. Basta ver que, como adverte André Ramos Tavares¹⁵⁷, qualquer magistrado, em qualquer sistema, poderá encontrar na Constituição diretrizes para a concretização de uma lei, e, com isso, terá procedido a um controle de constitucionalidade (com resultado negativo) e a uma aplicação da Constituição. Ademais, todos os profissionais que atuam com o Direito estão legitimados a realizar a leitura da Constituição e sua compreensão, sendo o resultado desta operação utilizado na base da interpretação das diversas leis.

¹⁵³ Jan Woischnik argumenta que o Tribunal Constitucional Federal alemão, o *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfGG*), é um órgão constitucional paralelo, mas equiparado, às autoridades de cúpula, como a presidência da República, o Parlamento etc. o Governo Federal, ao Parlamento e até mesmo ao presidente” (Prefácio. In: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 29). A Lei Fundamental alemã reconhece essa envergadura e posiciona o Tribunal Constitucional Federal no topo da cadeia hierárquica do Judiciário (artigo 92 da Lei Fundamental alemã).

¹⁵⁴ Em Portugal, Fernando Alves Correia aponta: “Ele [o Tribunal Constitucional] não se encontra [...] integrado na *estrutura* do poder judicial. Todavia, na medida em que das decisões dos tribunais que compõem o poder judicial, incluindo os supremos tribunais, cabe recurso para o Tribunal Constitucional, no âmbito das matérias de sua competência, e das decisões deste não há recurso para qualquer outro tribunal, o Tribunal Constitucional há de ser considerado, ao menos do ponto de vista funcional, como situado no topo da hierarquia dos tribunais” (**Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 170)

¹⁵⁵ **Sistemas constitucionais comparados**. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 283-324.

¹⁵⁶ Bem verdade, no entanto, que a configuração do quadro de poderes pode ser bastante impactante nos diálogos institucionais. Contudo, a análise dos diálogos institucionais entre parlamento, judiciário, executivo etc. não disputa à natureza em si do Tribunal, mas o seu modo de comportamento externo. Para conceituar um Tribunal Constitucional, então, não cabe analisar esse elemento extrínseco, quase comportamental e relacional, mas sim o elemento intrínseco: qual é a função de um Tribunal Constitucional, em termos materiais?

¹⁵⁷ **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 156.

A aplicação da Constituição é uma das bases funcionais do “Tribunal Constitucional”, como se demonstrará adiante. Apesar disso, deve ficar claro que não se trata de monopólio que possa ser estabelecido em benefício de um único órgão, pois a materialização da Constituição é um processo público.¹⁵⁸

Dessa maneira, não sobrevive a uma análise mais rigorosa o argumento da exclusividade na defesa e no cumprimento da Constituição para qualificar um “Tribunal Constitucional”. Como alerta André Ramos Tavares:

A linha divisória entre a exclusividade na promoção da tutela da supremacia constitucional e a não-exclusividade encontra-se justamente no marco a partir do qual o Tribunal passa a exercer funções que se consideram secundárias, não próprias de um Tribunal Constitucional. Isso não afeta (teoricamente) suas funções próprias e não o descaracteriza como Tribunal Constitucional. Poderá, evidentemente, influenciar em sua celeridade e, especialmente, em seu caráter místico, já que o uso recorrente de um Tribunal Constitucional para problemas que se poderiam considerar ordinários constitui uma vulgarização do órgão perante os operadores do Direito e a sociedade em geral. A exigência da atuação exclusiva como curador da Constituição levaria a desconsiderar um tribunal como a Corte Suprema norte-americana, que não seria propriamente um Tribunal Constitucional, embora ninguém duvide que exerça Justiça Constitucional. Seria, ainda, o caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil. O mesmo ocorreria com o Tribunal criado pela Constituição da Romênia, de 1923, que apesar de ser instância única, era um Tribunal supremo. Consoante essa tese, nenhum tribunal supremo de uma estrutura judiciária, ainda que contemple uma câmara ou seção exclusivamente constitucional, deveria ser considerado Tribunal Constitucional em sentido estrito.¹⁵⁹

Ademais, as bases de atuação de um “Tribunal Constitucional” vão bem além de sua atuação no controle de constitucionalidade. Decisões e ações em campos variados, dos mais mezinhos (recursos, mandados de segurança etc.) aos mais especializados (ações originárias sobre conflitos federativos, ações para o controle de constitucionalidade etc.), geram impactos nas bases democráticas e, portanto, relacionam-se à defesa e ao cumprimento da Constituição, enquadrando-se no campo funcional do “Tribunal Constitucional”.

É do mesmo modo dispensável a existência autônoma de um contencioso abstrato, ou de um processo objetivo, para qualificar uma Corte como “Tribunal Constitucional”. Do contrário, a Suprema Corte norte-americana ou a Corte Suprema do Japão seriam descaracterizadas como “Tribunais Constitucionais”. Inegável, contudo, que todo “Tribunal Constitucional” atua com regras divergentes das regras processuais

¹⁵⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 32.

¹⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 157.

comuns, mas isso não significa imposição de que este atue necessariamente por meio de um contencioso abstrato.¹⁶⁰

Em suma, um “Tribunal Constitucional” deve ser identificado pelo exercício de funções constitucionais e democráticas típicas, em uma lógica de predominância funcional constitucionalmente guiada pelo princípio da separação dos poderes. O exercício dessas funções em caráter exclusivo (órgão ou “poder” independente, até mesmo do Judiciário) e com monopólio (Justiça concentrada e não difusa) não é elemento imprescindível para a existência de um “Tribunal Constitucional”. Enfim, o “Tribunal Constitucional” — e, em última escala, também a “justiça constitucional” — identifica-se pela predominância típica das funções que exerce, sendo essas marcadas profundamente pela ideia de proteção definitiva da supremacia constitucional e das bases democráticas da sociedade.¹⁶¹

2.2 Os Tribunais Constitucionais na dinâmica funcional da separação dos poderes

2.2.1 A separação dos poderes e suas novas roupas velhas

Os sistemas constitucionais contemporâneos, em geral, contemplam a separação dos poderes como um de seus elementos nucleares. Não à toa a divisão das funções administrativas, legislativas e judiciais, em órgãos distintos e independentes, hoje, é vista como um elemento essencial à própria noção de Constituição em sentido moderno (ver, nesse sentido, art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).¹⁶²

Grande parte dessa conquista é tributária de uma pequena — porém relevantíssima — obra: “O espírito das leis”, publicado em 1748 por Charles-Louis de Secondat, barão de Brede e de Montesquieu. As ideias dominantes na concepção de Montesquieu eram a prevenção e defesa da liberdade natural do ser humano para protegê-lo da tirania da autoridade. A sua premissa básica era de que todo ser humano que detém o poder se vê tentado a abusar dele, em linha realista bastante similar à de

¹⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 158.

¹⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 159.

¹⁶² Sobre essa ubiquidade da separação de poderes nos sistemas constitucionais, cf.: BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Tecnos, 1987. p. 208.

David Hume. Para conter os efeitos de sua premissa, o barão propugnava a necessidade de que o poder encontrasse limites em outros poderes, ou na sua famosa expressão: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Assim, para Montesquieu, a solução do problema relativo ao possível abuso do poder se encontra em separar o poder e conseguir que as partes separadas deste poder se detenham entre si, de forma recíproca.¹⁶³

Esse mecanismo de freios recíprocos proposto por Montesquieu visava ao equilíbrio entre os poderes do Estado, o qual seria conquistado distribuindo-se as funções estatais entre diversos órgãos, constituídos por pessoas em princípio diferentes¹⁶⁴, de maneira tal que nenhum deles possa impor sua vontade a outros e nem permaneça submetido a uma vontade alheia à própria. Bem de ver, entretanto, que não se trata de um isolamento de funções ou agências; pelo contrário, é necessário o contato, pois a finalidade última do sistema é a de que os poderes possam deter-se entre si, de modo que nada impeça que se promovam relações de recíproca colaboração entre eles.¹⁶⁵

Contudo, vale lembrar, antes mesmo de Montesquieu, na Inglaterra do século XVII, a separação dos poderes já era uma ideia naturalmente imantada à doutrina do *rule of law* e da supremacia parlamentar.¹⁶⁶ Isso porque a proposta inglesa era submeter o monarca à vontade dos legisladores, o que alimentou o desenvolvimento de um arranjo institucional capaz de promover tal submissão (ou seja, a separação dos poderes) e serviu de combustível para fortes tensões políticas, cujo ápice foi a Guerra Civil inglesa.

Nessa ocasião, nasce outro trabalho seminal à noção de separação dos poderes: a obra “Two Treatises of Government”, de John Locke. Esse trabalho é apontado

¹⁶³ Profundamente, confira: BOSCH, Jorge Tristán. **Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes**. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944. p. 35 s.

¹⁶⁴ Sobre essa partilha orgânica e pessoal dos poderes, modernamente, veja-se: VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de los poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2007. p. 17-18.

¹⁶⁵ Sobre o tema, no mesmo sentido, ver: BIDART CAMPOS, Germán J. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 1966. t. II. p. 698 e 703, obs. 31; BOSCH, Jorge Tristán. **¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?**. Buenos Aires: Zavallía, 1951. p. 37; VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1977. v. II. p. 135.

¹⁶⁶ Nesse sentido, vale consultar: PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 71; MACPHERSON, C. B. **The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke**. Oxford: Oxford University Press, 1962, passim; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217.

por muitos como a pioneira sistematização a respeito da separação dos poderes¹⁶⁷, pois indicava a necessidade de separação orgânico-funcional para que a lei fosse aplicada por outra pessoa que não quem a elaborou. Desse modo, Locke apontava a existência de dois órgãos de poder: (i) o parlamento, que exerce a função legislativa, a que se atribuía primazia; e (ii) o monarca, a quem cabia a função executiva, que se desdobrava em duas: a) função federativa, quando se tratava de assuntos de guerra e paz e assuntos externos; e b) a função de fazer o bem público sem se subordinar a regras.¹⁶⁸

A partir das contribuições de Montesquieu e Locke, a tese da separação dos poderes se difundiu para os mais variados sistemas de Direito Constitucional. No velho continente, a doutrina da separação dos poderes se alargou em uma solução compromissária entre o rei e o povo¹⁶⁹, com a materialização da supremacia parlamentar. Assim, o rei se sujeitava à lei do parlamento, eis que esta representava a vontade geral rousseauiana¹⁷⁰, acima da qual não há nenhum poder, com o que se garantiria a liberdade.¹⁷¹ Essa supremacia do parlamento também se apresentava em relação ao Judiciário, demonstrando-se enorme influência do pensamento de

¹⁶⁷ Quanto à relevância da contribuição de Locke, há (i) autores que lhe atribuem a paternidade da doutrina; (ii) outros que o enxergam como um mero precursor; e ainda (iii) os que não consideram qualquer relação de sua obra com a referida doutrina. Sobre essas disparidades, cf. PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 63.

¹⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217.

¹⁶⁹ Cabendo lembrar que a este tempo inexistia sufrágio universal. Amplamente, cf.: CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 27.

¹⁷⁰ Vale esclarecer, conquanto Rousseau tenha negado a possibilidade de um corpo de representantes eleitos, suas ideias de vontade geral soberana acabaram por migrar e fortalecer o Poder Legislativo e a sua supremacia. De fato, Rousseau, em sua obra *Do Contrato Social*, defendia a soberania popular plena, sendo adepto do monismo de poder, havendo apenas um “centro único de poder no Estado, excluindo, conseqüentemente, qualquer outro polo de poder para além do Legislativo soberano” (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 136). Além disso, tal Poder Legislativo só poderia ser exercido diretamente pelo povo, sendo impossível a representação política (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 134). De qualquer forma, a ideia de soberania do parlamento tem em Rousseau a sua maior raiz, pela forma radical com que defendia a “vontade geral”.

¹⁷¹ Segundo Locke: “onde não existe lei não existe liberdade, sendo a liberdade entendida como a capacidade de ser livre de limitação e violência de outros; o que não é possível, onde não exista a lei” (no original: “where there is no law there is no freedom; for liberty is to be free from restraint and violence from others; which cannot be, where there is no law”. LOCKE, John, **Two Treatises of Government**, Book II, London: C. Baldwin Printer, Harvard University Press, p. 162).

Fazendo também uma análise entre liberdade e lei, Montesquieu dizia: “não compete a mim examinar se os ingleses gozam ou não desta liberdade. É suficiente para eu dizer que ela é estabelecida pelas leis” (**Do espírito das leis**, trad. Jean Melvill e, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 175).

Rousseau, Locke e Montesquieu. Para este último, aliás, “o Judiciário é de algum modo nulo”, devendo o juiz não ser “mais que a boca que diz a lei”.¹⁷²

A doutrina da separação dos poderes logo cruzou o atlântico e viu terra fértil nos Estados Unidos da América. Com efeito, desde “O Federalista”, por influência dos iluministas europeus, já se desenvolvia a doutrina da separação dos poderes nos EUA. Em solo estadunidense, as ideias de Montesquieu se tornaram normas jurídicas constitucionais. Por ter juridicidade, a separação dos poderes passou a ser interpretada e desenvolvida por um Poder Judiciário da *common law* e, assim, a noção de separação rígida entre os poderes foi sendo relativizada, pois as Cortes desenvolveram o seu significado para adaptar a doutrina filosófica francesa “às necessidades de um sistema de governo que possui suas raízes na tradição inglesa”.¹⁷³

Nos EUA, a separação dos poderes teve de lidar com um Poder Executivo representado na figura do presidente e um Poder Judiciário forte, que não se assemelhava a proposta inicial de Montesquieu de ser a *bouche de la loi*. De fato, o Poder Judiciário estadunidense, com raiz na tradição da *common law*, desenvolveu-se como um braço forte do Estado, capaz, inclusive, de declarar a invalidade das leis do Parlamento.¹⁷⁴ Com tal desenho, nivelavam-se funções, criando-se uma realidade de maior equilíbrio entre os Poderes, que caminhou para um sistema de supervisão recíproca.

“Ambition must be made to counteract ambition”¹⁷⁵: esta famosa frase de James Madison serviu de inspiração para que se desenhasse um modelo de controle entre as instituições, com um robustecido e independente Poder Judiciário, bem como um Poder Executivo fortalecido pela legitimidade democrática do presidencialismo. Nesse cenário, construiu-se a doutrina dos *checks and balances*, que “determinou, afinal,

¹⁷² **Do espírito das leis**. trad. Jean Melvill e, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 169 e 172. Essa visão explica a razão da tardia aceitação do controle de constitucionalidade das leis na Europa. Com efeito, apenas na Constituição austríaca de 1920, por influência direta de Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade de leis encontrou campo na Europa. Ou seja, mais de um século após o pioneiro *Marbury v. Madison*, nos EUA, julgado pela Suprema Corte daquele país em 1803, em que se considerou inconstitucional a lei do parlamento. Sobre a questão, amplamente, cf.: BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 15 e ss.

¹⁷³ GOODNOW, Frank. **The principles of administrative law of the United States**. Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905, p. 42.

¹⁷⁴ Ver, por exemplo, o clássico *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos EUA.

¹⁷⁵ Tradução livre: “A ambição deve ser usada para se contrapor à ambição”. MADISON, James. **The federalist nº 51**. Wesleyan University Press, p. 349.

não um equilíbrio permanente entre os 'poderes separados', mas sim a predominância cíclica de cada um deles".¹⁷⁶

Portanto, como se vê de tudo que acima foi escrito, em sua origem, enquanto fundação do Estado Liberal, a separação dos poderes significou, principalmente nos Estados europeus de tradição monárquica, o imperativo de diminuição da autoridade real, com sua submissão ao Parlamento. Criavam-se as condições institucionais da liberdade e da prevenção da tirania, que dependiam, primordialmente, da sujeição dos demais poderes ao Parlamento, símbolo da vontade geral do povo. Já nos EUA, a separação dos poderes funcionaria por intermédio de um sistema de recíproca supervisão, no qual os Poderes devem interagir atendendo a uma lógica de predominância cíclica, cientes de suas funções inerentes: ao Executivo, administrar; ao Legislativo, legislar; e, ao Judiciário, julgar. Essa perspectiva clássica deu origem a alguns dogmas importantes, tais como: a indelegabilidade legislativa, o alheamento do Judiciário da política, a insindicabilidade de mérito administrativo etc.

Embora seja de extrema importância a análise da separação dos poderes segundo a doutrina clássica que a forjou, é mister ter em mente que, hodiernamente, os contornos dados à separação dos poderes são outros. Sob o influxo das ideias desenvolvidas a partir da experiência dos EUA, o que se tem é um sistema de separação orgânico-funcional das atividades estatais básicas, com incentivos para controles mútuos. Nesta visão, há interpenetração de funções e constante supervisão recíproca, o que se aproxima da realidade e das necessidades do Estado contemporâneo.

Assim, por exemplo, no caso brasileiro, tem-se: (i) que o Legislativo julga (em caso de *impeachment*, o Senado Federal exerce a função de processar e julgar o presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como ministros de Estado e comandantes das Forças Armadas em crimes de mesma natureza conexos com o do presidente — art. 52, I, da CRFB); (ii) que o Judiciário (como todos os outros poderes) exerce funções administrativas (art. 96, I, da CRFB); e (iii) que o Executivo legisla (tanto por meio de Medida Provisória, art. 62 da CRFB, quanto por regulamentos, art. 84, IV e VI, da CRFB). Portanto, a toda evidência, a separação dos poderes

¹⁷⁶ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 184.

não está presa ao conteúdo proposto no século XVIII, senão é historicamente determinada.¹⁷⁷

Com efeito, as premissas sociológicas, políticas e jurídicas que serviram de base para a aplicação da teoria original da separação dos poderes não são mais as mesmas. A evolução da sociedade, em seus diversos arranjos, ocasionou o surgimento de instituições com características completamente impensáveis aos arquitetos originais da separação de Poderes. Nesse contexto, alerta Meirelles Teixeira:

O princípio da separação de poderes (ou divisão, ou distribuição, conforme a terminologia adotada) significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder), ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou pratica certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência.¹⁷⁸

Para justificar esse novo panorama, pode-se pensar em sete elementos básicos que legitimam esta nova roupagem¹⁷⁹: (i) o sufrágio universal, enquanto fonte de legitimidade democrática, fortifica tanto o Executivo quanto o Legislativo, ao mesmo tempo em que a adstrição à Constituição dá tônus à ação e à legitimidade democrática do Judiciário¹⁸⁰; (ii) a consagração de um Estado Democrático de Direito, que em seus próprios termos já pressupõe a busca de outras formas de legitimação do poder que não a mera legalidade formal; (iii) a ascensão de um novo constitucionalismo e da ideia de juridicidade que, materialmente, enfraquecem o culto formal à lei (legalismo); (iv) o controle social, notadamente de uma mídia independente, atributos inerentes à democracia e de uma sociedade pluralista¹⁸¹; (v) o amplo controle recíproco entre os Poderes, notadamente o controle jurisdicional dos atos estatais; (vi) o desenvolvimento do estado de bem-estar social e seu desdobramento como Estado regulador, do qual se demanda uma postura ativa incogitável ao pensamento iluminista original; e (vii) o sistema de controles políticos advindos da dinâmica partidária do

¹⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 248

¹⁷⁸ **Curso de Direito Constitucional**, Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 590-591.

¹⁷⁹ É o que defende, por exemplo, ACKERMAN, Bruce. "Adeus, Montesquieu", trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014, p. 13-23.

¹⁸⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492 e ss.

¹⁸¹ Ponderando a importância do controle social e midiático à atuação do Estado, cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

presidencialismo de coalizão¹⁸² e seus caminhos de formação de consensos, os quais dependem tanto da ação parlamentar, quanto da própria Administração Pública, liderada pelo presidente da República, governadores e prefeitos.¹⁸³

Sobre esses pontos, com muita propriedade, a doutrina estadunidense alerta que, malgrado sua grandeza, Montesquieu, ou qualquer outro pensador iluminista,

[...] não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em Legislativo, Judiciário e Executivo — sendo o Direito Administrativo Comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade.¹⁸⁴

Em outros termos, os teóricos da separação de poderes não imaginaram seus modelos para a realidade partidária, que acabou se desenvolvendo, e para a

¹⁸² A ideia de presidencialismo de coalizão trabalha com a percepção, muito alentada por Sérgio Abranches (Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988. p. 21-22), de que a experiência política brasileira singulariza uma combinação entre proporcionalidade de voto para a composição do legislativo, multipartidarismo, “presidencialismo imperial” e uma organização da gestão executiva do Estado por intermédio de coalizões. Segundo Sérgio Abranches (Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988. p. 21), esse modelo seria fruto da própria heterogeneidade da sociedade brasileira, cuja pluralidade transparece da multiplicidade de partidos e da estrutura federativa.

O presidencialismo de coalizão, assim, constitui, por um lado, um sistema de governo em que, devido a fragmentação propiciada pelo multipartidarismo, o Poder Executivo vê-se obrigado a formar alianças, políticas ou oportunistas, a fim de poder governar; por outro, após a Constituição da República de 1988, o modelo de coalizão emerge também como padrão de diálogo institucional entre Chefe do Executivo e líderes partidários no Poder Legislativo, o que propicia o interesse de aderir ao governo e uma vontade deliberativa suprapartidária (COUTO, Cláudio Gonçalves. Presidencialismo de coalizão. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Dicionário de políticas públicas**. São Paulo: Ed. UNESP, 2018. p. 807).

É importante notar que Sérgio Abranches, recentemente, preconizou a existência de uma “crise do presidencialismo de coalizão” (**O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 153 e s.). A democracia, nestes governos incidentais, tem se caracterizado por parlamentos sem maioria, levando a coalizões precárias e instáveis; ou às majorias efêmeras em torno destas lideranças incidentais (ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 161).

Embora o momento de crise do presidencialismo de coalizão seja inegável, não parece correto afirmar que este modelo acabou; ou que o interesse no estudo do tema se esvaiu (ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 164). Como alerta Sérgio Abranches: “o modelo político brasileiro continua sendo o presidencialismo de coalizão” (**O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 164-165). O que muda é o papel disruptivo do presidente, que tem desconsiderado as regras do modelo (**O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 165).

¹⁸³ Com a mesma proposta de revisão do princípio da separação dos poderes, mas pela ótica do ordenamento estadunidense, cf.: ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014, p. 13-23.

¹⁸⁴ ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014, p. 14.

complexidade trazida pelo presidencialismo brasileiro. Os Federalistas, aliás, rejeitavam a criação de partidos, o que seria um sinal de formação de facções.¹⁸⁵ E, nestas bases, curial reconhecer que o processo de formação de consensos, notadamente na realidade multipartidária que se observa no Brasil, implica percepções renovadas sobre o princípio da separação dos poderes, para que ele continue sendo um instrumento útil e válido para a contenção do arbítrio e para o bom funcionamento da democracia.

Os pais da separação dos poderes também não imaginaram a crescente importância que as Cortes Constitucionais assumiriam para a tutela da democracia, o que lhes abriu um novo papel político no desenho institucional dos poderes. Os diálogos institucionais passaram a contemplar o Judiciário, de forma bastante frequente. E por mais que essa atuação caminhe sobre a linha tênue do abuso pelo ativismo político, impossível negar que na moldura constitucional contemporânea se reserva também ao Judiciário a interferência nas políticas públicas. Dessa forma, colore-se ainda mais a já aquarelada separação dos poderes moderna.

A nova roupagem da separação dos poderes melhor se ajusta à ideia de um modelo no interior do qual o exercício do poder político sofra controles internos mútuos — não necessariamente vinculados às três clássicas funções —, tendo como mote o ideal de um governo efetivamente limitado. Dentro dessa perspectiva, o sistema possui uma série de controles recíprocos que se apresentam como freios para as minorias ocasionais e para as atitudes antidemocráticas dos *players* institucionais. E isso se opera com relação à dinâmica governo-parlamento-judiciário; aos atos normativos aprovados pelo governo e seu impacto sobre as minorias eleitorais; e às decisões judiciais estruturantes.¹⁸⁶

A atual modelagem da separação dos poderes também implica desafios. Um deles reside justamente nos efeitos sistêmicos que o desequilíbrio de poderes pode gerar no Estado Democrático de Direito. Por exemplo, se na visão clássica da separação dos poderes o Judiciário “era achatado por um legislador onipotente e por um Executivo que, fortalecido com rígidas estruturas burocráticas, podia administrar e

¹⁸⁵ Sobre esse pensamento, cf.: MADISON, James. **The federalist n. 10**. In: ed. Wesleyan University Press, p. 56-65.

¹⁸⁶ Cf. ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Ciudad du México: Fondo de Cultura Económica, p. 703 e ss.

governar”¹⁸⁷, hoje, com a expansão da justiça constitucional e a ascensão da teoria dos princípios, é o Poder Judiciário que tem ganhado maior espaço de atuação funcional (predominância cíclica). Esse movimento traz consequências práticas, algumas alvissareiras, outras indesejadas. Aponta-se, no ponto, os perigos do “hiperativismo judicial”¹⁸⁸ causado pela expansão do Poder Judiciário sobre domínios próprios ao da política legislativa e da governabilidade oriunda do voto popular, ocasionando um processo denominado na literatura de “politização da política”¹⁸⁹ ou “governo dos juízes”¹⁹⁰. A denúncia que se faz é a de que o protagonismo do Poder Judiciário na contemporaneidade traz consigo (i) o risco de pressões por parte de grupos de interesses sobre o recrutamento e orientações políticas dos juízes¹⁹¹, (ii) o perigo inerente ao maior influxo e influência dos anseios sociais nas decisões das Cortes, fruto da ampliação dos meios de comunicação e diálogo social, a ocasionar espécie de “populismo judicial”¹⁹² e (iii) a própria normatização da Constituição e das políticas públicas, que abre-alas à decisão judicial sobre assuntos antes entregues à política ordinária, gerando, em casos extremos, a substituição do legislador pelo julgador, seja no controle de constitucionalidade das leis, seja em julgamentos mais ordinários, mas cujo efeito reverbera na escolha governamental (*lato sensu*) subjacente à política pública afetada¹⁹³.

¹⁸⁷ PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 212.

¹⁸⁸ PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 373.

¹⁸⁹ Veja-se, por exemplo, os seguintes trabalhos: TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995; SHAPIRO, Michael J. Judicialization of Politics in United States. **International Political Science Review**, v. 15, n. 2, p. 101-112, apr. 1994.

¹⁹⁰ Confira-se a seminal obra : LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis**. Paris: Giard, 1921.

¹⁹¹ MILIBAND, R. **Lo stato nella società capitalistica**. Roma: Laterza, 1970. p. 165.

¹⁹² Sobre a questão, vale conferir: PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 252.

¹⁹³ “A elaboração da teoria de que existem “princípios supremos da Constituição”, enquanto tais imodificáveis, inclusive pelo poder de revisão constitucional, e dos quais os Tribunais consideram-se guardiães atentos, parece colocar as Cortes Constitucionais [...] não somente acima do Poder Legislativo, mas verdadeiramente ao lado do constituinte. Não há, portanto, que se surpreender se, como órgãos de fechamento” dos ordenamentos constitucionais e artífices da direção político-constitucional, mas também da direção político *tout-court*, as Cortes Constitucionais foram por vezes definidas por autores de todo o mundo — juristas e politólogos — como “poder constituinte permanente”, “ilha da razão no caos das opiniões”, “aristocracia com vestes modernas” ... Trata-se, no caso das Cortes, não de uma aristocracia de sangue, mas do saber, imersa no próprio papel não em virtude de uma ligação direta com o eleitoral, mas, sim, com base em outros critérios, antes de tudo o conhecimento e formação profissional” (PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2. p. 375-376).

Malgrado as críticas acima sejam válidas e pertinentes, inclusive sendo um dos motes da própria tese principal deste trabalho, é inegável que, de fato e de direito, uma nova configuração da separação dos poderes se impôs. Trata-se de uma formação fluída, dúctil, cujos contornos não são tão rígidos como antes. O foco, hoje, não é mais a divisão de funções; é o equilíbrio e reciprocidade no desempenho conjunto e harmônico das funções.

2.2.2 Legitimidade democrática do Tribunal Constitucional na separação de poderes

Efetuada os devidos esclarecimentos a respeito do estado da arte relativo à separação dos poderes, torna-se possível avançar para a delimitação da complexa questão referente à legitimidade dos Tribunais Constitucionais.

Com efeito, qualquer trabalho que busque tratar, direta ou lateralmente, da teoria da justiça constitucional¹⁹⁴, não pode passar à margem da investigação acerca da legitimidade democrática ou representatividade do Tribunal Constitucional. De todo modo, é possível afirmar, de imediato, que a existência da legitimidade do Tribunal Constitucional é indubitável. No entanto, o sentido, o alcance, a extensão e os limites desta legitimidade ainda carecem de reflexão acadêmica.¹⁹⁵

Embora a legitimidade do Tribunal Constitucional receba ampla aceitação, há um contínuo questionamento a respeito de sua extensão. As críticas desenvolvidas neste sentido geralmente se ligam à própria compreensão da democracia como governo representativo da vontade do povo. Isso porque, tradicionalmente, a teoria democrática, que deu azo à clássica noção de separação dos poderes, repudiava limitações ao governo do povo, salvo aquelas decorrentes da própria vontade deste, exigindo que as políticas governamentais sejam fiscalizadas por pessoas eleitas.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Neste trabalho se adotou a terminologia e conceituação de Justiça Constitucional trazida por André Ramos Tavares. Nesse sentido, ao falar de Justiça Constitucional quer-se identificar “apenas a Justiça desenvolvida no âmbito do Tribunal Constitucional, incluindo o estudo de sua origem histórica, seu posicionamento entre os poderes, suas principais categorias funcionais, morfologia e natureza atividade do Tribunal Constitucional, processo decisório e suas regras, legitimidade democrática e perspectivas” (**Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 151).

¹⁹⁵ Sobre o tema, cf.: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492 e ss.; CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019; BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

¹⁹⁶ Nesse sentido, cf.: CHOPER, Jesse H. **Judicial review and the national political process. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court**. Chicago: The University of Chicago, 1980. p. 4.

A justiça constitucional, nesse sentido, seria um governo composto por pessoas não representativas da sociedade, porque não conduzidas a seus cargos pelo voto popular. Com esse raciocínio, a teoria democrática tradicional pondera que a necessidade de representação eletiva é um axioma. Por ser um axioma, prescinde de demonstração. Já a atuação judicial, carente que é de representatividade popular, somente será legítima se devidamente justificada.¹⁹⁷ Há também aqueles que observam na justiça constitucional um elemento de representatividade popular, mas que julgam que esta, por si só, seria insuficiente, pois o Judiciário seria o menos democrático dos Poderes.¹⁹⁸ Não bastassem essas complexas questões relacionadas à natureza do Tribunal Constitucional, também se colocam problemas com a própria identificação dos elementos integrantes desta discutida legitimidade.¹⁹⁹

2.2.2.1 Modelos de abordagem da legitimidade do Tribunal Constitucional

a) Estado Constitucional como fonte de legitimidade da justiça constitucional

A existência de um Estado Constitucional, como Estado limitado, implica na existência de órgão que seja o curador da Constituição. Este órgão funcionaria como policial das leis e dos Poderes, propiciando um governo limitado. Desse modo, a preservação das constituições, enquanto tributárias do Estado Constitucional, inegavelmente apresenta alto grau democrático. Isso, por algumas razões: *primeiro*, pois impede à vontade de poucos se impor à do povo, ao menos naquelas decisões básicas; *segundo*, envolve o controle das mudanças formais na Constituição, operadas pelo poder de reforma constitucional, evitando-se, pela ação do Tribunal Constitucional, a crise de legitimidade da Constituição fundada na manipulação legislativa de seus termos.²⁰⁰

b) A ausência do sufrágio direto e universal na indicação dos membros do Tribunal Constitucional

¹⁹⁷ Cf., para mais, PERRY, Michael J. **The Constitution, the Courts, and human rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary**. New Haven: Yale University, 1982, p. 9.

¹⁹⁸ É o que diz: CHOPER, Jesse H. **Judicial review and the national political process. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court**. Chicago: The University of Chicago, 1980, p. 5.

¹⁹⁹ Amplamente, cf.: FAYT, Carlos S. **La supremacia constitucional y la independencia de los jueces**. Buenos Aires: Depalma, 1994, passim.

²⁰⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 493-494.

De fato, se tomarmos friamente a circunstância de que o Tribunal Constitucional é constituído por membros não eleitos *diretamente* pela vontade majoritária do povo, poderíamos dizer, com alguma razão, que há lesão ao princípio democrático em tal conjuntura.

Contudo, essa consideração não sobreviveria a uma análise mais profunda da questão. E por inúmeras razões: primeiro, pois, como já alertou Otto Bachof²⁰¹, o caráter democrático (ou não) da Justiça Constitucional nem sempre está ligado à forma de eleição de seus membros. Ora, a generalidade dos servidores públicos, os ministros de Estado, os secretários etc. também não são eleitos diretamente pelo povo, sendo certo que ninguém nega a eles a legitimidade democrática inerente às suas ações.

Segundo, porque, na teoria das decisões públicas, asseguramos o caráter democrático pela utilização de instrumentos de abertura social, como um processo participativo e a submissão das decisões ao controle social. Estes instrumentos também garantem a representatividade do Tribunal Constitucional.²⁰²

Terceiro, pois, apesar de teoricamente viável, não parece ser aconselhável a utilização do sufrágio universal direto para composição subjetiva do Tribunal Constitucional. Tal expediente poderia abrir espaço a um populismo jurisdicional indesejado²⁰³, fazendo a justiça constitucional concorrer com outras arenas de representação popular mais adequadas (como o Executivo e o Legislativo).

Por tudo isso, a ausência de sufrágio universal e direto na escolha dos membros do Tribunal Constitucional não retira deste último a legitimidade democrática. O próprio sistema constitucional e a lógica da divisão funcional dos poderes atribuem legitimidade à Justiça Constitucional.

c) Tribunal Constitucional e a sua tarefa de controlar os órgãos legitimamente eleitos

Sem embargo disso, a ausência do sufrágio direto e universal na indicação dos membros do Tribunal Constitucional, não raras vezes, é indicada como um fator que relativiza a legitimidade do Tribunal Constitucional

²⁰¹ **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987, p. 59.

²⁰² FRIEDRICH, Carl J. **Teoría y realidad de la organización constitucional democrática**: en Europa y America. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 257.

²⁰³ Sobre o tema, confira-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 256-257.

Ainda tomando como pano de fundo a ausência de substrato direto na vontade popular da composição do Tribunal Constitucional, tem-se o problema ligado à sua função de controlar os órgãos legitimamente eleitos.

Se adotarmos secamente a visão rousseauiana, o Tribunal Constitucional, cuja composição carece de membros eleitos, ao julgar as ações de órgãos eleitos diretamente pelo povo (isto é, órgãos representantes da vontade geral), atuaria de forma democraticamente ilegítima.

Dentro desse cenário, aliás, parcela dos estudiosos suscitam algumas dificuldades de legitimação do Tribunal Constitucional, a exemplo de: (i) quando o Tribunal Constitucional se coloca contrariamente às decisões dos demais poderes, no exercício da função arbitral; (ii) quando o Tribunal Constitucional se posta no sentido diverso do cristalizado pela lei, sendo fruto da vontade da maioria, ocasião em que exerce sua função estruturante; (iii) quando o Tribunal Constitucional se opõe diretamente à vontade popular majoritária; (iv) ou mesmo quando o Tribunal Constitucional assume suas próprias decisões, inovando na ordem jurídica. Para resumir o dilema, como bem pontua André Ramos Tavares²⁰⁴, basta lembrar “que a função estruturante desenvolvida pelo Tribunal Constitucional pode chocar-se com a função normativa do Legislativo e do Executivo”. E, assim, a discussão rodeia a possibilidade de se legitimar um órgão não eleito democraticamente com o poder de anular as decisões de órgãos representativos do eleitorado.²⁰⁵

Nesse panorama, a semelhança de John Hart Ely²⁰⁶, há quem diga, em tom crítico à tarefa de controle entregue ao Tribunal Constitucional, que um órgão sem responsabilidade política e sem representatividade popular acabaria deletariamente indicando aos órgãos representativos do povo a forma de governar. Quem assim entende, adverte sobre um suposto retorno ao “governo dos homens”; um retrocesso prejudicial ao tão batalhado “governo das leis”.

²⁰⁴ **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 496.

²⁰⁵ Ver sobre a questão: MARTINEZ, Miguel-Angel Alegre. **Justicia constitucional y control preventivo**. León: Universidad de León, 1995, p. 50; NICOLIELLO, Nelson. Los criterios de Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad. **Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y político. Serie Congresos y Conferencias**, Montevideo, v. 1, p. 87-92, 1994, p. 87; ZAPATA, Juan Carlos Moncada. Control constitucional y separación de poderes en el mundo contemporáneo. **Estudios de derecho**. Medellín, ano LX, n. 129, p. 12-57, mayo-1998, p. 33.

²⁰⁶ **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998, passim.

Acontece que, como se verá a seguir, o princípio democrático e a representatividade popular são alcançados não só pelas urnas. O sufrágio não é o único instrumento jurídico que atende à democracia e legitima a decisão pública. A existência de um Tribunal Constitucional, que exerce funções de controle sobre outros órgãos, é uma decorrência da divisão funcional dos poderes e, em última instância, do próprio modelo constitucional de Estado.²⁰⁷ A reflexão sobre algumas nuances da Justiça Constitucional pode deixar essa ideia ainda mais clara. É o que faremos a seguir.

2.2.2.2 Tribunal Constitucional, democracia e representatividade: a existência de diversas formas de legitimação democrática

a) A legitimidade democrática para além das urnas

A legitimação democrática pode se dar de diversas formas.²⁰⁸ Nega-se, portanto, a visão preconizada por Michael Perry²⁰⁹ de que apenas as decisões provenientes de instâncias eletivas seriam democraticamente legítimas. Com efeito, a própria noção rousseauiana de vontade do povo, que marca a noção de democracia popular, se encontra desatualizada; pois, hoje, como ensina Jürgen Habermas, a ideia de democracia se posta muito mais próxima da promoção dos direitos fundamentais do que da concepção de uma vontade soberana — e metafísica — do Povo.²¹⁰

Com base nisso, pode-se afirmar com segurança que a legitimidade democrática pode existir independentemente de uma vontade majoritária atual.²¹¹ Além disso, a análise da legitimidade democrática é complexa. Não é binária, como quer crer a visão rousseauiana. É, sim, decorrente de algo como uma metodologia *fuzzy*, devendo ser analisada e compreendida de maneira escalonada.

b) Legitimidade pela vontade constitucional

²⁰⁷ Nesse sentido, cf.: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 497 e s.

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 39.

²⁰⁹ **The Constitution, the Courts, and human rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary**. New Haven: Yale University, 1982. p. 9.

²¹⁰ **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 38.

²¹¹ Nesse sentido, cf.: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57.

É a Constituição que dá primazia à soberania popular. É a Constituição que dá os contornos do princípio majoritário, estabelecendo seus limites, seus mecanismos de proteção e as exceções a ele. O Tribunal Constitucional é fruto da vontade de Constituição. A ele cabe a proteção e a promoção da Constituição, englobando a soberania popular. Nesse aspecto, se dá conotação de representante da soberania popular ao Tribunal Constitucional.

Se analisarmos a questão pela ótica da vontade constitucional, poderemos dizer que todos os Poderes são democráticos, já que procedem do poder constituinte originário — tomando este enquanto força superiormente dirigida e estruturante da ordem constitucional democrática em determinado Estado.

Como explica André Ramos Tavares, “[p]retendendo a Constituição que haja um Tribunal Constitucional a controlar os demais poderes, aquele já se legitima democraticamente, independentemente das fórmulas adotadas para a indicação de seus membros”.²¹² Justamente por isso, como lembrava Eduardo García de Enterría²¹³, a legitimidade do Tribunal Constitucional só existe enquanto ele andar de mãos dadas com a Constituição. A partir do momento em que o Tribunal se afastar da Constituição, a suas ações serão tidas como ilegítimas.

O Tribunal Constitucional, por ser legitimado democraticamente pela Constituição, consegue ser freio para as sanhas conjunturais de majorias qualificadas que se formam em detrimento não apenas das minorias como também, muitas vezes, do próprio interesse geral. Para evitar esse descrédito da Constituição, o Tribunal Constitucional atuará no controle de órgãos eleitos, mas, sobretudo, no controle das modificações da Constituição.

Aqui, portanto, já é possível eleger uma premissa geral para nossa análise: na expressividade de uma Constituição é possível perceber a presença de uma justificativa democrática do Tribunal Constitucional. Porém, embora fixada esta premissa, ainda nos cabe investigar qual é a medida de legitimidade desta instituição dentro da Constituição a que pertence.²¹⁴ Para isso, passaremos, agora, a enfrentar outras possibilidades de abordagem da legitimidade do Tribunal Constitucional.

²¹² **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 499.

²¹³ **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas. 1983.

²¹⁴ PIRES, Francisco António Lucas. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 168.

c) Legitimidade técnica de controle dos órgãos eleitos

O Estado Constitucional é um Estado limitado. Neste panorama, se os demais poderes são apenas “poderes constituídos”, limitados pela Constituição, é legítimo e democrático que não violem os limites que lhes foram traçados pelo povo, constantes da Constituição. E essa verificação há de ser efetuada pelo Tribunal Constitucional, como manda o sistema constitucional.

Ao contrário das decisões públicas tomadas pelo Executivo, que muitas vezes escapam ao devido processo ou às exigências de fundamentação, o Tribunal Constitucional decide por meio do devido processo legal, regado por garantias constitucionais. A sua decisão é, em tese, técnica e transparente, com possibilidade de controle social. Esse modelo de decisão, pautado na técnica e na processualidade, também atribui legitimidade democrática ao Tribunal Constitucional.²¹⁵

d) Legitimidade democrática indireta

Quando se fala de legitimidade democrática indireta costumeiramente se menciona que, sendo escolhidos por representantes do povo, os integrantes do Tribunal Constitucional adquirem, por essa via indireta, a necessária legitimidade.²¹⁶ Porém, há outra maneira de descortinar a questão. Segundo José Manuel Bandrés²¹⁷, o Poder Judiciário não necessita de legitimidade popular direta ou de caráter representativo, pois sua legitimidade democrática se encontraria nítida na exclusiva sujeição às leis emanadas da vontade popular. Haveria, neste sentido, uma legitimidade democrática indireta, pois a instituição (o que valeria para o Tribunal Constitucional) atuaria apenas na exata medida franqueada pelas leis (Constituição, no caso do Tribunal Constitucional), estas, sim, carregadas com a legitimidade democrática direta.

Entretanto, cabe uma crítica a esta última ideia. A visão de Bandrés parte da superada noção de que o aplicador do Direito atua mecanicamente. Com isso, para Bandrés, todo distanciamento da letra expressa da lei seria entendido como falta de legitimidade do julgador. Ocorre que, hoje, é assente que o intérprete não é mero conviva de pedra, neutro, estático e reativo. Possui, sim, papel dinâmico e criativo no ato de interpretar. Por isso, a visão de Bandrés não é suficiente para justificar

²¹⁵ Nesse sentido, cf.: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 502-504.

²¹⁶ Ver, nesse sentido, URTUBEY, Rodolfo. Designación y remoción de jueces en la Argentina. In: **Anais do I Congresso Mundial das Escolas da Magistratura**, 1998. p. 32.

²¹⁷ **El poder judicial y constitución**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1987. p. 36.

adequadamente o conjunto funcional desenvolvido pelo Tribunal Constitucional, especialmente as dimensões interpretativa, governativa e legislativa.²¹⁸

Ao falar de legitimidade indireta do Tribunal Constitucional, portanto, preferível ficar com a noção de que para a designação dos juízes constitucionais há entrega de legitimação democrática por meio do sufrágio universal, embora indiretamente, através da intervenção dos diretamente eleitos no processo de designação dos juízes.

e) Legitimidade material

A teoria democrática clássica defende que a vontade a prevalecer seja, necessariamente, a vontade soberana do povo, que é assegurada, na prática, pelos representantes eleitos mediante sufrágio. Contudo, nada impede que um órgão não investido a partir de eleições diretas assegure as decisões materiais da sociedade. É o que se poderá verificar com o Tribunal Constitucional. Essa visão é exponenciada pela aceitação da ideia de Peter Häberle²¹⁹ de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, bem como pela noção trazida por Cesáreo Rodríguez-Aguilera²²⁰ de *independência cultural do magistrado*, que permite ao juiz constitucional “renovar incessantemente seus conhecimentos, para apreciar a realidade de seu tempo, para enriquecer a doutrina de seus ‘considerandos’ e para assim ajudar ao mais adequado desenvolvimento do Direito”.

Dessa forma, numa dimensão material, o Tribunal Constitucional administra a justiça em nome do povo, implicando tanto uma referência ao princípio democrático como uma necessária atenção à consciência jurídica comunitária em que apoia a Constituição.²²¹ É preciso, no entanto, ter cuidado para que o Tribunal Constitucional não exaspere a avaliação da opinião pública e atue de forma populista, a descambar em “tenentismo de toga”²²² indesejável e extravagante aos próprios limites constitucionais.

²¹⁸ Nesse sentido, cf.: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 504-505.

²¹⁹ **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

²²⁰ **El poder judicial en la Constitución**. Barcelona: Bosch, 1980. p. 111.

²²¹ MIRANDA, Jorge. A actividade do Tribunal Constitucional em 1993. **Separata da Revista O Direito**, 1995, ano 127, p. 96.

²²² Sobre o termo, trata-se de expressão utilizada por Christian Edward Lynch para descrever os fatos ocorridos a partir de 2013. Para Lynch o tenentismo de toga (ou a revolução judiciarista) seria um movimento, como na Revolução Francesa, que culminaria com a eleição de um líder autoritário. Esse movimento não se resultaria naturalmente de um processo de transformação social, mas sim de intervenções concretas e específicas na dinâmica política – tal como os incentivos ao processo de *impeachment* da ex-presidenta Dilma Rousseff, a condenação de Luiz Inácio Lula da Silva e, em

f) Legitimidade técnica pela composição do Tribunal Constitucional

Ao menos em tese, os ministros da Suprema Corte são escolhidos “dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (art. 101 da CRFB). Assim, ao menos abstratamente, o caráter técnico que pauta a escolha dos juízes constitucionais garante que o órgão possa fazer atuar o Direito positivado. É, portanto, também uma fonte de legitimidade da justiça constitucional.²²³

g) Legitimidade pela tutela das minorias (democracia real)

A justiça constitucional, como já há muito dissera Hans Kelsen²²⁴, ao garantir a eficácia constitucional das leis e, em particular, sua constitucionalidade material, entrega ao Tribunal Constitucional a importante função de proteger as minorias contra as usurpações das maiorias.

Além disso, a descentralização político-administrativa que existe na maioria dos países, com a afirmação de autonomias estaduais, municipais ou regionais, traz à tona a questão relativa às minorias autônomas ou federativas. Assim, como lembra André Ramos Tavares, “ao Tribunal Constitucional cumpre assegurar que o poder central não se sobreponha ao poder regional de tal maneira que este reste anulado”.²²⁵

Desse modo, seja pela tutela de grupos minoritários em termos sociopolíticos, seja pela proteção das minorias federativas, a legitimidade do Tribunal Constitucional se constrói para além do axioma da vontade geral do povo, sendo uma importante ferramenta contramajoritária.

h) Legitimidade pelo pluralismo

Como alerta Jorge Miranda, na interpretação da Constituição, os juízes constitucionais — conscientemente ou não — manifestam as suas predileções filosóficas, políticas e teóricas.²²⁶ Porém, é justamente esse pluralismo, aliado à diversidade de origens, de carreiras, de vivências pessoais, que concede maior legitimidade ao

conclusão, a eleição do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro. Para Lynch, aliás, a imbricação entre bolsonarismo e lavajatismo não é acidental: o “populismo autoritário” de Bolsonaro seria uma continuidade “populismo penal” levado a cabo pela Operação da Lava Jato (LYNCH, Christian Edward. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judicialista”. **Insight Inteligência**, n. 79, 2017. Disponível em: <<https://bityli.com/9RbHo>>, acesso em: 18 de jul. de 2020).

²²³ Nesse sentido, cf.: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 506-507.

²²⁴ **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²²⁵ **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 510.

²²⁶ A actividade do Tribunal Constitucional em 1993. **Separata da Revista O Direito**, 1995, ano 127, p. 96.

Tribunal. Assim, o caráter democrático do Tribunal estaria garantido também por sua função. Isso se expressaria, segundo o autor, dentre outras formas, pela função de conservar, promover e alargar o consenso constitucional.²²⁷

i) Legitimidade pela amplitude de acesso

Deve haver um amplo acesso ao Tribunal Constitucional, de maneira a proporcionar maior legitimidade para as suas ações, especialmente as ligadas ao poder normativo e às decisões de governo. Trata-se de uma fórmula democrático-participativa. Há diversas fórmulas que permitem a abertura e a acessibilidade do Tribunal Constitucional, sendo algumas delas listadas por André Ramos Tavares: “(i) ação popular direta; (ii) participação de qualquer interessado como ‘auxiliar’ no processo decisório de interesse constitucional; (iii) via recursal ou provocação indireta franqueada àqueles que sejam partes em processo judicial”.²²⁸

Neste panorama, bem de ver que um modelo muito restrito de acesso ao Tribunal Constitucional tende a contribuir para as injustiças constitucionais. Como lembra Vital Moreira²²⁹, não há exagero em se dizer que há muitas normas inconstitucionais que se mantêm em vigor durante muito tempo só porque não existem meios processuais adequados ou porque os interessados carecem de legitimidade para os suscitar.

A amplitude de acesso ao Tribunal Constitucional é um elemento que se agrega aos demais elementos já vistos. Por exemplo, só se poderá assegurar uma efetiva proteção de minorias, bem como a promoção de uma pluralidade, quando se promove a legitimidade pelo acesso participativo amplo ao Tribunal Constitucional.

2.2.2.3 Limites da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional

Há diversas ordens de limitações aceitas *pela e para a* Justiça Constitucional. O primeiro destes limites que podemos destacar se encontra ligado à concretização de preceitos programáticos. Há uma área aberta ao legislador infraconstitucional, que dispõe de um poder de criação, desde que mantida coerência com o restante do

²²⁷ PIRES, Francisco António Lucas. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 170.

²²⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 511-513.

²²⁹ Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: **Colóquio de 10º aniversário do Tribunal Constitucional**, Coimbra Editora, 1995, p. 199.

sistema constitucional. Não é franqueada ao Tribunal Constitucional, nesses casos, a invalidação da opção política adotada, sem que existam relevantes razões constitucionais para tanto. Aqui, prevalece o poder da maioria democraticamente eleita para governar.

O segundo limite se dá no âmbito do exercício da função interpretativa pelo Tribunal Constitucional. Em tal cenário, não poderá o Tribunal Constitucional eleger interpretações que não estejam compreendidas na norma interpretada. De outra forma, o Tribunal estaria alargando, indevidamente, os limites precisos de sua função, isto é, transpondo de forma ilegítima o campo interpretativo e passando ao campo legislativo. Também neste aspecto interpretativo, é exigível do Tribunal Constitucional coerência em suas decisões, de modo a tratar fatos similares e interligados pelo mesmo contexto de maneira similar, sob pena de violar a integridade de sua jurisprudência e lesar a igualdade material.

O terceiro limite se refere à desconstituição de atos dos demais órgãos constitucionais. O Tribunal não pode subverter, por meio de sua atuação como legislador negativo, o sentido do ato invalidado, tampouco substituir o legislador e editar, por via transversa, a norma que entenda justa, em consequência da nulificação do ato. A ilustrar, ao invalidar um ato de outro poder, o Tribunal Constitucional não pode alterar o tom do enunciado normativo, criando-se por meio desse expediente uma norma absolutamente diversa da pretendida originariamente pelo legislador ou por outro ator jurídico. Isso equivaleria, novamente, a alargar o âmbito da função legislativa do próprio Tribunal Constitucional, o que é inadmissível.

O quarto limite se liga à conformação do espaço dos demais órgãos constitucionais. Assim, no exercício de sua função estruturante, o Tribunal Constitucional não poderá atuar para deslegitimar os outros poderes, ou mesmo subvalorizá-los. Ele deve, pois, respeitar o espaço de cada um dos demais Poderes. Não pode o Tribunal Constitucional reduzir drasticamente esse espaço, o que equivaleria a uma usurpação ilegítima.

Os limites impostos à legitimidade do Tribunal Constitucional funcionam como balizas para a constatação de sua atuação abusiva. Desse modo, se é verdade que o Tribunal Constitucional possui legitimidade imantada no texto magno, tem-se por igual verdade que a atuação para além dos limites de legitimidade se conforma em abuso constitucional. É justamente por isso que se torna tão relevante investigar os aspectos ligados à legitimidade democrática do Tribunal e seus limites, pois é na sua exata

intelecção que se garante um diagnóstico preciso quando a atuação da Corte se dá ao arrepio dessas divisas constitucionais.

2.3 Conclusão parcial

No curso deste capítulo se estabeleceu a convenção terminológica no emprego das expressões “justiça constitucional” como significante da atividade desenvolvida no âmbito do “Tribunal Constitucional” enquanto encarregado da proteção definitiva da supremacia constitucional e das bases democráticas da sociedade.²³⁰

Desse modo, constatou-se que o Tribunal Constitucional é um verdadeiro pressuposto do constitucionalismo, sem o qual este não existiria e não funcionaria senão precariamente. A conotação democrática do Tribunal Constitucional deve ser reconhecida para fins de sua legitimidade. Este reconhecimento vai para além da compreensão do princípio majoritário, pois a fonte da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional se encontra na própria Constituição e se funcionaliza à luz da nova roupagem da separação dos poderes contemporânea.

Também é o Tribunal Constitucional dotado de representatividade, pois essa encontra-se, no atual estágio, desvinculada da necessidade de eleições (populares). Em virtude das categorias analisadas anteriormente, o Tribunal Constitucional não só se assume como órgão legítimo, como também sua legitimidade é, em certa medida, democrático-majoritária e representativa.

O desafio que se impõe aos próximos capítulos é, justamente, o de reconhecer, por um lado, que o Tribunal Constitucional é uma instituição legitimamente democrática e necessária ao constitucionalismo democrático contemporâneo, mas, por outro, esta mesma instituição pode atuar para além dos limites de legitimidade encartados na Constituição, plasmando, em última análise, uma prática afeita ao abuso constitucional.

²³⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 159.

3 O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO COMO ESPÉCIE DE DESVIO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo, como se viu no curso das etapas anteriores deste trabalho, é fenômeno geralmente associado à garantia de direitos e promoção da democracia, sedimentando os anseios políticos, sociais e jurídicos pela limitação do poder arbitrário. Por isso, diz-se que o constitucionalismo (ou melhor, os constitucionalismos) possui viés emancipatório, com nítida feição democrática, seja qual for o substrato finalístico que ele assuma enquanto pensamento constitucional.

Contudo, os planos do constitucionalismo também podem ser malversados pela prática constitucional. A ilustrar, a literatura jurídica denuncia as mazelas da inefetividade das normas e programas constitucionais por meio de fórmulas como a da “constitucionalização simbólica”²³¹ e da “insinceridade constitucional”²³². Tais fenômenos, em síntese, delatam uma produção normativa constitucional que, em essência, ora visa tredestinar as finalidades constitucionais, ora servir como carta álibi, sem real intenção de tornar o texto constitucional efetivo. Sinalizam, assim, a desconexão entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais, ou seja: é a produção constitucional que não atende ao bom constitucionalismo.²³³

Daí falar-se em “desvio constitucional” ou “constitucionalismos desviantes”, enquanto *categoria-gênero* que engloba uma série de reflexões a respeito de atitudes constitucionais que se alheiam às finalidades naturais do constitucionalismo como categoria garantista, emancipatória e democrática.

No ponto, entretanto, é necessário esclarecer o propósito da abordagem que se fará doravante. Neste trabalho, ao se falar em “desvio constitucional” ou “constitucionalismos desviantes” se quer designar todo o amplo arsenal de práticas que causam um atalhamento do constitucionalismo, deturpando-o em sua natural essência, por intermédio de ações que constam no leque constitucional (na Constituição, no

²³¹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

²³² BARROSO, Luís Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (orgs.). **Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 436.

²³³ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 33-54.

costume constitucional, na *práxis* da justiça constitucional etc.) de um país. É, pois, uma categoria-gênero que comporta um variado número de espécies, dentre as quais se inserem, por exemplo, o “constitucionalismo abusivo”, o “contraconstitucionalismo”, a noção de “constituições líquidas” e o “constitucionalismo autoritário”. As mencionadas espécies serão devidamente abordadas dentro deste acordo semântico ora feito. O objetivo final, como se verá, é o de construir, pela reunião de características dessas espécies de desvio constitucional, um conceito de “constitucionalismo abusivo” próprio ao cenário brasileiro e que se preste aos anseios expressos e subliminares do presente trabalho.

3.1 O constitucionalismo abusivo na proposta de David Landau

O trabalho seminal sobre o “constitucionalismo abusivo” é atribuído ao jurista americano David Landau, especificamente o artigo “Abusive Constitutionalism”, publicado em novembro de 2013 na prestigiosa *U.C. Davis Law Review*. Nesse estudo, o autor analisa a seguinte questão: por que o constitucionalismo, normalmente associado à ascensão e consolidação dos regimes democráticos, encontra-se, em muitos casos, tão fortemente associado aos movimentos em direção aos regimes autoritários? O jurista americano, então, identifica um fenômeno cada vez mais importante: o uso de mecanismos de mudança constitucional para corroer a ordem democrática.

Em contraste com a prática passada, na qual regimes autoritários eram geralmente formados via golpe militar ou práticas claramente inconstitucionais, os autocratas atuais têm incentivos significativos para se portar — ao menos aparentemente — como legítimos *players* das regras constitucionais. Assim, os mecanismos de controle de poder arbitrário e antidemocrático estão cada vez mais voltados para as emendas e mutações constitucionais. Trata-se de um autoritarismo constitucional movido por certa ductibilidade, com a aparência de legitimidade, mas substância abusiva. Como resultado, emerge progressivamente um regime autoritário híbrido, no qual as eleições continuam a ser realizadas, mas as forças de oposição enfrentam severas desvantagens na busca de vencer a eleição, pois o sistema vai se tornando progressivamente menos democrático.²³⁴

²³⁴ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 195.

Neste contexto, David Landau se vale da experiência denotada por uma onda de incidentes recentes em um grupo diversificado de países como Hungria, Egito e Venezuela, a fim de demonstrar que ferramentas como as emendas constitucionais e a mutação constitucional podem ser usadas por autocratas para minar a democracia com relativa facilidade. O autor argumenta que como os golpes militares e outras rupturas flagrantes na ordem constitucional têm notáveis custos institucionais, sociais, políticos etc., os atores com pretensão tirânica, em vez de rupturas bruscas, reformulam a ordem constitucional com mudanças sutis, no escopo de desabilitar (ou embalar em seus propósitos) os tribunais e as outras instituições de prestação de contas. Desse modo, os regimes resultantes das ações abusivas, mas com roupagem pretensamente constitucional, continuam a ter eleições e não são totalmente autoritários, mas são significativamente menos democráticos do que eram anteriormente.²³⁵

Com efeito, sabe-se que, na teoria constitucional, uma das questões centrais reside em como as constituições podem ser usadas para melhor proteger contra ameaças à ordem democrática. Porém, ao se falar em constitucionalismo abusivo, na verdade, a investigação tende a se guiar para o lado oposto, pois: ele, o constitucionalismo abusivo, envolve o uso dos mecanismos de modificação da constituição — emenda constitucional e mutação constitucional — para minar a democracia.²³⁶ Segundo o próprio David Landau:

Defino o “constitucionalismo abusivo” como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Ao me referir aos mecanismos de mudança constitucional, concentro-me aqui em métodos formais e não informais de mudança — emenda constitucional e mutação constitucional.²³⁷

Nesta linha de raciocínio, o argumento prevalente é o de que enquanto métodos tradicionais de derrubada democrática, como o golpe militar, estão em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semi-autoritários é cada vez mais prevalente. Presidentes e partidos poderosos podem projetar mudanças constitucionais prejudiciais à democracia, tornando-as muito difíceis

²³⁵ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. passim.

²³⁶ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 191.

²³⁷ No original: “I define ‘abusive constitutionalism’ as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before. In referring to the mechanisms of constitutional change, I focus here on formal rather than informal methods of change — constitutional amendment and constitutional replacement (LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 195).

de desalojar do mundo normativo, em razão da rigidez constitucional. Com isso, as mudanças constitucionais desarmam instituições como (Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacia Pública etc.) que, em essência, têm por missão garantir a democracia e controlar o exercício abusivo dos poderes políticos. Como efeito prático do constitucionalismo abusivo, as constituições resultantes ainda parecem democráticas à distância e contêm muitos elementos que não diferem dos encontrados nas constituições democráticas liberais. Mas de perto eles foram substancialmente reformulados para minar a ordem democrática.²³⁸

David Landau explica e ilustra que o constitucionalismo abusivo se desenvolve por modificações constitucionais ritualisticamente apropriadas, dando simbologia constitucional à prática. Porém, em seu âmago, as mudanças degradam o nível democrático do país. Assim, as modificações constitucionais fruto do constitucionalismo abusivo, na estética aparente, disfarçam-se como democráticas, possibilitando, por exemplo, competição eleitoral suficiente para as forças da oposição competirem e ocasionalmente vencerem. Contudo, em simultâneo, o baralho do sistema é empilhado politicamente contra aqueles que tentam destituir os incumbentes por uma variedade de meios: controle governamental da mídia, assédio de políticos e agentes da oposição, uso de recursos de patrocínio estatal para garantir votos e, em alguns casos, fraude eleitoral. Como resultado, os titulares atualmente no poder tendem a permanecer no poder, e os mecanismos de responsabilidade vertical tornam-se distorcidos.²³⁹

Além disso, nestes regimes os atores políticos dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal que deveriam verificar atores políticos. Assim, instituições como Tribunais, *ombudsman*, Ministério Público, Procuradorias e comissões eleitorais tendem a ser controladas pelas forças dominantes no cenário político. Com isso, tais instituições, em vez de servirem como verificações independentes sobre o poder do governo, acabam trabalhando ativamente em nome dos projetos políticos dos titulares do poder. O resultado não apenas mina a concorrência eleitoral, mas também limita drasticamente

²³⁸ O texto de David Landau é rico em exemplos, especialmente relacionados às recentes experiências vividas na Hungria, na Colômbia e na Venezuela (Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 191-193).

²³⁹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 199-200.

a extensão da proteção dos direitos para grupos minoritários dentro desses sistemas.²⁴⁰

À evidência, um regime com essas duas características — uma relativa ausência de responsabilização e falta de proteção de direitos — é significativamente menos democrático do que um regime com níveis mais elevados de responsabilização vertical e horizontal e proteção de direitos mais significativos. Além disso, a ausência de responsabilização está plausivelmente associada a outros males, como o aumento dos níveis de corrupção.

Por tudo isso, a grande denúncia elaborada por David Landau se situa no fato de que as alterações constitucionais (formais ou informais) precisam ser investigadas também como parte central dos projetos autoritários modernos. Indivíduos ou grupos poderosos podem abusar da constituição para criar ordens constitucionais nas quais enfrentem poucas restrições a seu poder e nas quais serão difíceis, ou impossíveis, de desalojar o seu arsenal institucional autoritário.²⁴¹

Os exemplos são variados. Ao mudar de uma ordem constitucional para outra, os governantes poderiam argumentar que os detentores de cargos existentes nessas instituições não tinham mais um controle válido sobre o poder e poderiam ser legitimamente substituídos, uma técnica que Chávez e sua Assembleia Constituinte usaram extensivamente na Venezuela. Eles também poderiam mudar o tamanho das instituições existentes, como o Fidesz fez com o Tribunal Constitucional na Hungria. Ou eles poderiam fechar instituições existentes e criar outras com poderes mais fracos. O truque, também, é que embalar ou desmantelar uma única instituição raramente terá sérias consequências para a democracia, mas varrer grande parte da ordem institucional — como foi feito em todos esses casos — pode permitir que os governantes se entrincheirem no poder por longos períodos.²⁴²

Um dos grandes problemas aventados por David Landau ao analisar o fenômeno do constitucionalismo abusivo reside na grande dificuldade de se detectar o caráter desviante da postura constitucional aos anseios democráticos, sobretudo se comparada com as ameaças autoritárias tradicionais. Como consequência, o próprio

²⁴⁰ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 200.

²⁴¹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 213.

²⁴² LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 213.

repertório de soluções possíveis se torna bastante limitado e frágil aos testes da experiência.²⁴³

Algumas soluções tradicionais são aventadas por David Landau para combater o constitucionalismo abusivo, dentre elas as cláusulas democráticas (*democracy clauses*) e a noção de democracia militante (*militant democracy*). Contudo, adiante-se, o jurista americano já ao apresentar as respostas tradicionais as desaprova denunciando a sua inefetividade relativa no combate aos meios ambíguos pelos quais o constitucionalismo abusivo atua.²⁴⁴

As cláusulas democráticas, originárias do Direito Internacional, são descritas pelo autor da seguinte forma:

Este tipo de cláusulas geralmente suspende a adesão a organizações regionais ou oferece outras sanções a Estados que sofrem “interrupções inconstitucionais” em sua ordem democrática ou atendendo outras condições semelhantes. Essas cláusulas podem ser bastante eficazes na detecção de golpes militares e outras violações óbvias na ordem democrática, mas não funcionam bem no combate ao constitucionalismo abusivo. Os mecanismos de constitucionalismo abusivo são muito sutis e ambíguos para desencadear claramente como cláusulas — por exemplo, muitas vezes não está claro se a ação é ou não “inconstitucional”, ou se a ordem democrática foi “interrompida”. Assim, as cláusulas democráticas parecem ser de uso limitado contra o que está agora emergindo como a principal ameaça à democracia.²⁴⁵

Portanto, as cláusulas democráticas são eficazes na detecção de golpes militares tradicionais, os quais são abertamente inconstitucionais, mas muito menos eficazes na detecção de práticas ambíguas ligadas ao constitucionalismo abusivo.²⁴⁶

Outro mecanismo, também inserido nas respostas internacionais às tentativas de ação antidemocrática, refere-se à criação de um Tribunal Constitucional

²⁴³ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 193.

²⁴⁴ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 193-194.

²⁴⁵ No original: “These types of clauses generally suspend membership in regional organizations or offer other sanctions to states experiencing ‘unconstitutional interruptions’ in their democratic order or meeting other, similar conditions. These clauses may be fairly effective at detecting military coups and other obvious breaches in the democratic order, but they do not function well in combatting abusive constitutionalism. The mechanisms of abusive constitutionalism are too subtle and ambiguous to clearly trigger the clauses — for example, it is often unclear whether or not the action is ‘unconstitutional,’ or whether the democratic order has been ‘interrupted.’ Thus, the democracy clause appears to be of limited use against what is now emerging as the main threat to democracy” (LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 248).

²⁴⁶ A experiência recente em Honduras, apontada por David Landau como exemplo, mostra como essas cláusulas não combatem efetivamente o constitucionalismo abusivo (LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 248).

Internacional, fruto de um constitucionalismo globalizado.²⁴⁷ Contudo, o autor realça as dificuldades que esse Tribunal teria para lidar com a ambiguidade e fluidez dos atos tirânicos, bem como para selecionar os parâmetros de análise das práticas constitucionais e identificar abusividade das ações frente às especificidades locais.²⁴⁸

Já na perspectiva do direito constitucional interno, David Landau dá ênfase à noção de democracia militante. Trata-se, segundo o autor, de um dos mecanismos mais importantes de proteção à democracia, recentemente divulgado por Samuel Issacharoff²⁴⁹, mas cuja criação se deu em solo alemão²⁵⁰ e se desenvolveu no pós-guerra, avalizando, por exemplo, teses pela proibição de criação de partidos antidemocráticos (como o partido nazista) antes de terem a chance de crescer e ganhar poder na ordem democrática.²⁵¹ Esta concepção é novamente útil para evitar ameaças autoritárias tradicionais carregadas por forças obviamente antidemocráticas, como as nazistas, mas muito menos útil — segundo adverte David Landau — para enfrentar a ameaça mais ambígua e não tão claramente ideológica representada pelo constitucionalismo abusivo.²⁵²

A par das soluções tradicionais aos dilemas impostos pelo constitucionalismo abusivo, David Landau também elenca novas sugestões resolutivas, máxime a compreensão de uma rigidez constitucional seletiva e da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais.²⁵³

²⁴⁷ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 258.

²⁴⁸ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 247-258.

²⁴⁹ ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015. passim. No mesmo sentido: KIRSHNER, Alexander S. **A Theory of Militant Democracy**: the ethics of combatting political extremism. New Haven: Yale University Press, 2014. p. 142; e CAPOCCIA, Giovanni. Militant Democracy: the institutional bases of democracy self-preservation. **Annual Review of Law and Social Science**, n. 9, p. 207-226, nov. 2013.

²⁵⁰ Como o próprio Samuel Issacharoff (**Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015. P. 43) comenta, o termo “democracia militante” deve a sua existência a Karl Loewenstein (Militant Democracy and Fundamental Rights, part. I. **The American Political Science Review**, Vol. 31, n. 3, p. 417-432, jun., 1937; Militant Democracy and Fundamental Rights, part. II. **The American Political Science Review**, Vol. 31, n. 4, p. 638-658, ago., 1937), sendo impossível dissociar o estudo desta noção da tradição jurídica germânica.

²⁵¹ Ver ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015. passim.

²⁵² LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 193.

²⁵³ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 193-194 e 227-231.

Essas sugestões, embora não imunes às críticas, representam um estágio mais avançado do pensamento a respeito do constitucionalismo abusivo e das respostas que ele enseja na contemporaneidade, apesar de seu foco ser a ordem americana — o que, como se verá, não traduz necessariamente em inovações, se contempladas as ideias à luz de outras ordens jurídicas, como a brasileira.

A ideia de uma rigidez constitucional seletiva se liga a um desenho mais dificultoso dos mecanismos de mudança constitucional, em particular as regras da emenda constitucional. Como se sabe, se diz rígida a Constituição que exige para sua alteração um critério mais solene e difícil do que o processo de elaboração das leis em geral.²⁵⁴ A sugestão do jurista americano, malgrado parta desta clássica definição, vai além: David Landau chama de “rigidez seletiva” a combinação de dois fatores: de um lado, um limiar baixo de solenidade para a maioria das alterações no texto constitucional, permitindo-se uma atualização mais fluída do texto²⁵⁵; de outro, a existência de

²⁵⁴ Por outro lado, as Constituições ditas flexíveis são aquelas que não exigem para sua alteração qualquer processo mais solene, tendo-se em vista o critério das leis infraconstitucionais.

No intermédio, há Constituições semirrígidas (ou semiflexíveis), que apresentam uma parte que exige mutação por processo mais difícil e solene do que o da lei e outra que parte sem tal exigência, podendo ser alterada pelo sistema previsto às leis infraconstitucionais.

Sobre as Constituições rígidas, flexíveis e semirrígidas, ver ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 36 e TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 28-30.

Vale destacar que, em nossa doutrina, há também que faça menção à existência de Constituições “super-rígidas”, que têm um núcleo material imutável, inalterável mesmo por emendas constitucionais, composto pelas cláusulas pétreas; bem assim, às Constituições imutáveis “onde se veda qualquer alteração, constituindo-se relíquias históricas. Em algumas constituições, a imutabilidade poderá ser relativa, quando se preveem as chamadas limitações temporais, ou seja, um prazo em que não se admitirá a atuação do legislador constituinte reformador” (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 9-10).

Contudo, preferível concordar com os professores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem rigidez é o critério de classificação quanto à mutabilidade das Constituições, sendo certo que a imutabilidade deve ser objeto de outra classificação e, quanto à mutabilidade, Constituições com cláusulas pétreas, desde que prevejam mecanismos de alteração mais rigorosos e solenes do que os das leis em geral, qualificam-se simplesmente como Constituições rígidas (ver ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 36).

²⁵⁵ David Landau traz uma interessante observação: “A maioria dos países ostenta um rigor básico para a emenda constitucional, em que as alterações constitucionais são certamente muito mais fáceis do que nos Estados Unidos. De fato, o procedimento de alteração dos Estados Unidos nos termos do artigo V é considerado um dos mais difíceis do mundo, exigindo uma votação de dois terços nas duas casas do Congresso, bem como a ratificação por três quartos das legislaturas estaduais. Uma literatura em desenvolvimento sugere que um rigor relativamente baixo, embora não muito baixo, para a alteração constitucional tem efeitos desejáveis. Evidências empíricas constataam que constituições com dificuldade intermediária de alteração tendem a durar mais do que aquelas com limites de alteração muito fáceis ou muito difíceis. E a hipótese é que mecanismos de alteração extremamente fáceis estão associados a constituições consideradas sem sentido por suas próprias populações, enquanto constituições

pontos nucleares no texto constitucional com bloqueio selecionado à alteração, ou limiares mais altos se comparados com o restante do texto, evitando-se alguns tipos de mudanças que são particularmente propensas a levar ao constitucionalismo abusivo.²⁵⁶

Ademais, ainda com base na ideia de rigidez seletiva, David Landau destaca que a utilização de uma dimensão temporal no poder de reforma constitucional pode ser salutar, eis que bloquearia ou dificultaria mudanças constitucionais em certos períodos críticos mais sucessíveis a avanços antidemocráticos. O autor também joga luzes nos benefícios de se condicionar a alteração constitucional à união de esforços entre Poderes Legislativo e Executivo, enquanto freio ao constitucionalismo abusivo. Assim, além da complexidade inerente ao rito de alteração das normas constitucionais, o jurista americano agrega novos rigores oriundos de dinâmicas sazonais e de arranjos institucionais.²⁵⁷

De todo modo, David Landau reconhece a grande dificuldade de determinar quais tipos de disposições merecem ser colocadas nos níveis mais elevados de alteração, o que implicaria incerteza quanto ao sucesso e aplicabilidade da tese da rigidez seletiva.²⁵⁸ Além disso, é duvidoso que os projetistas constitucionais possam escrever adequadamente disposições hierárquicas para proteger todos os entes vulneráveis da estrutura constitucional, pelo menos sem tornar o texto indevidamente rígido.²⁵⁹

Outro ponto digno de crítica se refere ao fato de que, geralmente, as disposições imantadas de maior qualidade constitucional-democrática, que seriam

muito rígidas são substituídas porque não se adaptam aos tempos” (Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 224-225).

²⁵⁶ “O conceito é simplesmente proteger algumas partes do texto constituinte com requisitos mais rígidos para a modificação, tornando esses pontos mais difíceis de alterar. A forma mais básica de hierarquizar segmentos relevantes da Constituição é a utilização de requisitos de supermajoria aumentados. Por exemplo, a maioria das partes da Constituição sul-africana pode ser alterada por um voto de dois terços do Parlamento, mas um conjunto de princípios fundamentais encontrados na seção I (bem como os princípios que regem a própria edição emendas à Constituição) são mais difíceis de mudar, e exigem o parecer favorável de 75% do Parlamento. Em casos extremos, algumas disposições podem ser completamente imutáveis, como um Constituição hondurenha faz em relação à reeleição presidencial e como a Constituição alemã faz em relação a certos princípios fundamentais” (tradução livre) (LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 226).

²⁵⁷ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 228.

²⁵⁸ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 194.

²⁵⁹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 194.

albergadas pela maior rigidez constitucional, não seriam os alvos prediletos do constitucionalismo abusivo, que atuaria em setores menos visados da gramática constitucional.²⁶⁰ Isso porque os movimentos “autoritários competitivos”²⁶¹ modernos geralmente não buscam destruir os valores básicos da ordem constitucional nem buscam alguma visão radicalmente diferente para a forma do Estado. Não estariam interessados em alterar princípios constitucionais fundamentais como a “dignidade humana”, a “igualdade”, a “liberdade” etc., desde que pudessem realizar alterações institucionais suficientes para perpetuar seu próprio poder.²⁶²

Vale destacar, de todo modo, que, entre nós, a ideia de uma rigidez seletiva não é desconhecida. Apesar de tratada por outros nomes, fato é que, em nosso sistema, há algo muito similar a proposta defendida por David Landau. Com efeito, a rigidez constitucional da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) está prevista em seu art. 60, que no § 2.º estabelece um quórum de votação de 3/5 (três quintos) dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com quórum de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para lei ordinária e complementar.

Outra característica da rigidez constitucional brasileira está prevista nos incisos I, II e III do art. 60 da CRFB, que estabelecem iniciativa restrita para a propositura de emendas, exigindo-se arranjos institucionais entre Poderes Executivo e Legislativo, pois as alterações só podem partir da iniciativa de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do presidente da República; e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e ordinárias é, salvo exceções, geral (art. 61).

²⁶⁰ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 229.

²⁶¹ O autoritarismo competitivo, em síntese, é conceito apoiado em três pilares: sociedade civil, elites políticas e forças de segurança. Por meio desses três pilares, os regimes autoritários se consolidam no poder e buscam se estabilizar continuamente, espalhando sua força, entrincheirando poder e minando as instituições democráticas. Para que o autoritarismo competitivo se consolide, basta que o poder arbitrário emergente capture boa parte de um ou dois dos pilares, especialmente o das elites políticas e das forças de segurança. Sobre o tema, vale ver: LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. **Competitive Authoritarianism**. New York: Cambridge University Press, 2010.

²⁶² LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 194.

As limitações temporais também se encontram presentes na CRFB, porque, segundo o §1º do art. 60, a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. A ocorrência de períodos críticos ao sistema republicano e democrático se ergue como barreira ao Poder de Reforma constitucional, em alinhamento com o sugerido por David Landau. Todavia, há de se reconhecer que a proposta brasileira é de certo modo tímida e poderia ser mais alastrada a períodos em que, apesar de menor a severidade do risco à democracia, esta álea ainda se fizesse presente.

Além dessas características básicas à rigidez de nossa Constituição, há de se mencionar a existência das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, §4.º, da CRFB). As aludidas cláusulas pétreas qualificam-se como pontos de elevada preocupação constitucional, com origem estrutural (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais), de modo que os preceitos ali resguardados não podem sofrer alterações tendentes à abolição.²⁶³

Portanto, a ideia de “rigidez seletiva” defendida por David Landau se aproxima do desenho constitucional da rigidez da CRFB. Não se trata, em rigor, de uma novidade em nosso sistema. Contudo, mesmo que se possa defender a adoção implícita da solução sugerida pelo jurista americano pelo sistema constitucional brasileiro, fato é que a “rigidez seletiva tupiniquim” não se arvorou em grande corretor do constitucionalismo abusivo, o que sugere ou a ineficiência da proposta de David Landau; ou a necessidade de aperfeiçoamento do modelo brasileiro.

Outra sugestão trazida por David Landau ao combate do constitucionalismo abusivo é a adoção da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais. Nesse sentido, Otto Bachof, em seu célebre “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, defendeu a competência dos Tribunais Constitucionais para o controle de constitucionalidade de normas da própria Constituição, compreendendo, enquanto premissa, a existência de normas constitucionais de superposição, isto é, de maior envergadura,

²⁶³ O Supremo Tribunal Federal (STF) já foi chamado à analisar a inconstitucionalidade de emendas constitucionais que tendiam ao propósito de abolir ou restringir o espectro protetivo das cláusulas pétreas, asseverando que, embora tais pontos nucleares mereçam interpretação restritiva, os princípios imutáveis talhados no §4º do art. 60 da CRFB servem, sim, de parâmetro para o Poder de Reforma (ADPF 33 MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-10-2003, P, DJ de 6-8-2004; ADI 1.946 MC, rel. min. Sydney Sanches, j. 29-4-1999, P, DJ de 14-9-2001).

que serviriam como parâmetro para o controle de constitucionalidade de outras normas igualmente constitucionais.²⁶⁴

Assim, os Tribunais também conseguiriam derrubar algumas propostas de alteração constitucional que violassem princípios fundamentais da ordem constitucional, bloqueando avanços no constitucionalismo abusivo. Segundo David Landau, essa doutrina tem sido defendida pelos Tribunais Constitucionais alemães, indianos, turcos e colombianos.²⁶⁵

Uma das grandes dificuldades na adoção eficaz da doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, para além de seu aspecto teórico, encontra-se em seu viés muitas vezes solipsista. Há um casuísmo exacerbado na doutrina fruto de sua falta de rigor metodológico. Pois, em alguns casos, a doutrina parece ser interpretada de forma muito ampla, tendo como efeito a invasão da argumentação judicial constitucional na política democrática ordinária; enquanto em outros casos os Tribunais estão embalados, ou ameaçados, de forma a restringir a aplicação da teoria e torná-la pouco usual.²⁶⁶

Não bastassem tais argumentos, deve-se apontar também a ineficácia do estojo de ferramentas proporcionado pela doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais quando o caso se refere a modificações informais da Constituição, cujo controle permanece sem maiores delineamentos na literatura contemporânea.²⁶⁷

De qualquer forma, curial trazer à baila que o STF não admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário.²⁶⁸⁻²⁶⁹ Com isso, a doutrina das normas constitucionais inconstitucionais

²⁶⁴ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Atlântida Ed., 1977. p. 86-88.

²⁶⁵ Na Colômbia, alerta o autor, a Corte recentemente usou a doutrina para impedir que o presidente Álvaro Uribe Velez alterasse a Constituição para concorrer a um terceiro mandato consecutivo. Já o Tribunal Constitucional turco derrubou uma emenda que permitia que lenços islâmicos fossem usados nas universidades; o Tribunal considere que essa emenda era contrária à ordem constitucional secular (LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 231).

²⁶⁶ LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 241-247.

²⁶⁷ LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 247.

²⁶⁸ ADI 4.097-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.10.2008, DJE de 07.11.2008.

²⁶⁹ No direito comparado, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha consagrou a existência de direito suprapositivo, vinculativo para o próprio constituinte, ao declarar que “uma norma constitucional pode ser nula se ofender de um modo insuportável os postulados fundamentais da justiça subjacentes às decisões fundamentais da Constituição” (EIBHOLZ, Gerhard; RINCK, Hans-Justus; HESSELBERGER, Dieter. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar na**

encontra terreno pouco fértil na prática constitucional brasileira, pois, entre nós, tem-se que “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida”, eis que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da [...] Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do poder constituinte originário”, a fim de averiguar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto constitucional.²⁷⁰

Enfim, dentro desse vasto repertório envolvendo o constitucionalismo abusivo, há de se reconhecer, com David Landau, que o constitucionalismo abusivo não é raro, ou pouco incidente nas democracias modernas, senão é um constitucionalismo “corriqueiro”, “comum” etc.²⁷¹ Conclui-se, então, que, se é correta a tese de que a criação de formas de autoritarismo híbrido por mecanismos de mudança constitucional é cada vez mais comum e que esses tipos de regimes autoritários representam uma ameaça sobre a qual devemos nos preocupar, então a questão chave restante é como pará-lo. Porém, ao investigar as ferramentas de proteção do constitucionalismo democrático, dispostas no Direito Constitucional e Internacional, David Landau, inquietamente, conclui que as ferramentas existentes em ambos os níveis não são muito eficazes no controle dessa ameaça. Além disso, a natureza flexível do constitucionalismo abusivo (por exemplo, o fato de que muitas vezes existem múltiplas maneiras de os possíveis autoritários alcançarem o mesmo objetivo) dificulta combatê-lo.²⁷²

Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. 6. ed. Köln: O. Schmidt, 1978. p. 11). Por outro lado, o Tribunal Constitucional de Portugal negou a ocorrência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, ao decidir que “a proibição do *lock-out*, consagrada originariamente no art. 57, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, não é inconstitucional” (RIBEIRO, Vinício. **Constituição da República Portuguesa.** Coimbra: Almedina, 1993. p. 97).

²⁷⁰ STF. ADI 815, rel. min. Moreira Alves, j. 28-3-1996, P, DJ de 10-5-1996.

²⁷¹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 214.

²⁷² LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 214.

3.2 O contraconstitucionalismo de Richard Albert

A ideia de “contraconstitucionalismo”, construída pelo jurista canadense Richard Albert²⁷³, aborda: de um lado, a promessa do constitucionalismo democrático, que é vincular o cidadão ao Estado, criando e cultivando uma cultura constitucional ancorada na democracia participativa²⁷⁴; de outro, o fato de que o constitucionalismo democrático muitas vezes ergue altas barreiras que separam o cidadão do Estado, sufocando a possibilidade de criar uma democracia participativa porque não cria uma cultura constitucional a ela receptiva.

A democracia participativa é uma consequência necessária da concepção do constitucionalismo como veículo através do qual os indivíduos podem redefinir a trajetória do Estado, buscar o cumprimento dentro desse Estado e dar sentido à sua existência compartilhada.

²⁷³ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008.

²⁷⁴ A democracia participativa enfatiza o envolvimento cívico para além do mero ato de votar. Concebe-se, pois, a democracia como um processo contínuo de autogoverno e autodeclaração. Sustenta, como teoria, que a participação popular no processo político serve como uma proteção fundamental para a soberania popular (ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 7-8).

Segundo Robert Dahl, a democracia participativa deve fornecer pelo menos quatro elementos: (i) os cidadãos devem poder exercer uma participação efetiva, o que implica oportunidades adequadas e iguais para participar do discurso; (ii) adesão ao princípio da igualdade, sob o qual quaisquer procedimentos para a tomada de decisões estão sujeitos à condição de que cada cidadão tenha voto igual; (iii) os cidadãos devem ter a oportunidade de compreender os assuntos sobre os quais são chamados a deliberar para que possam expressar suas preferências com precisão e de forma informada; e (iv) os cidadãos devem ter autoridade para determinar quais decisões tomarão coletivamente de acordo com essa noção processual de democracia e quais decisões devem ser delegadas a outras instituições ou partidos, que podem adotar uma noção diferente de democracia, talvez até mesmo a substantiva (DAHL, Robert A. **Toward Democracy: A Journey**. Berkeley: Institute of Governmental Studies Press, University of California, 1997. p. 61-68).

Já Henry Teune vê a questão como uma escala: no primeiro estágio, há a democracia inclusiva, que contempla a igualdade de direitos e de participação política; a segunda, a democracia participativa, nos termos já abordados; degrau acima, ter-se-ia a democracia distributiva, em que os sistemas de bem-estar público se desenvolvem para conferir os meios para o desenvolvimento social árduo humano aos seus eleitores; e, no estágio final, haveria a democracia substantiva, que representa uma política virtuosa em busca de uma sociedade transparente, aberta e justa que capacite seus membros a alcançar a realização e o bem-estar (TEUNE, Henry. *Global democracy*. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 581, pp. 22-34, May, 2002. p. 22 e 29-32).

Richard Albert destaca o poder dessa argumentação, mas frisa: para que uma determinada sociedade alcance uma democracia substantiva, ela deve primeiro passar pela democracia participativa. Fato é que, para Albert, a democracia participativa é a promessa do constitucionalismo, devemos agora mostrar como criar uma democracia participativa (ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 14).

No entanto, adverte Richard Albert, o constitucionalismo democrático, em alguns casos, ergueu barreiras significativas à democracia participativa e isso é paradoxal por pelo menos duas razões: a uma, pois a promessa do constitucionalismo democrático é justamente derrubar barreiras e fortalecer a democracia participativa; a duas, porque os “forros do constitucionalismo democrático”, que realmente promovem a democracia participativa, estão ancorados em uma concepção substantiva de democracia que a concebe como muito mais do que simplesmente um sistema livre e justo de eleições populares.²⁷⁵

Nessa esteira, o jurista canadense chama de contraconstitucionalismo as barreiras erguidas pelo constitucionalismo à concretização da democracia participativa. Para o autor, os aludidos obstáculos atuariam de forma implícita, de modo tal que não desnaturariam a consistência mínima das Constituições. É dizer: os projetos contraconstitucionais cumprem os objetivos de criar estruturas do Estado. Porém, as Constituições contraconstitucionais atacam as bases da promessa de constitucionalismo democrático, sufocando a possibilidade de criar uma democracia participativa porque não criam uma cultura constitucional receptiva a ela, criando fronteiras entre o Estado e os cidadãos.²⁷⁶

Desse modo, o que se advoga é que, tal como existem estruturas constitucionais que convidam a participação dos cidadãos, existem estratégias constitucionais que, na verdade, embora talvez não intencionalmente, desencorajam a democracia participativa. Há exemplos desse tipo de estruturas nos modernos desenhos constitucionais mundiais cujos fundamentos teóricos impedem a democracia participativa ao erguer barreiras entre o cidadão e o Estado, por um lado, e, por outro, entre o cidadão e seus concidadãos. Esses desenhos trazem um grave prejuízo na perspectiva de engajamento cívico e, além disso, corroem a conexão psicológica entre o Estado e o cidadão, a própria conexão de que o Estado deriva sua legitimidade.²⁷⁷

Como exemplo, Richard Albert destaca os projetos constitucionais que encampam cartas aspiracionais de direitos. Esses documentos de linguagem ambiciosa rejeitam as limitações existentes na sociedade contemporânea como

²⁷⁵ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 3-4.

²⁷⁶ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 4.

²⁷⁷ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. *Dalhousie Law Journal*, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 25.

ela é, e, em vez disso, chegam longe em uma dita “farsa”²⁷⁸, no afã de vislumbrar a sociedade como ela poderia ser. Como consequência, as cartas aspiracionais articulam compromissos de integrar direitos sociais e econômicos à sua cidadania. Tais direitos incluem o direito à seguridade social, moradia, alimentação, assistência médica e um ambiente saudável.²⁷⁹

Para Richard Albert, o grande problema do contraconstitucionalismo em sentido estrito se encontra nas cartas aspiracionais de direitos. Isso porque os modelos aspiracionais podem traduzir meras listas de promessas irreais. Exemplifica: se uma lei aspiracional de direitos consagra o direito a um ambiente saudável, mas o Estado não possui os recursos públicos necessários para realizar projetos de limpeza ambiental e para buscar estratégias de sustentabilidade ambiental, essa promessa constitucional se torna inexecutável. Com isso se corre o risco real de evaporar do texto da Constituição aspiracional toda a força substantiva, e com ela a esperança de cultivar uma cidadania que a respeite. Resultado: há um distanciamento entre cidadão e Estado, enfraquecendo a promessa constitucional-democrática, malgrado não seja um atentado direto contra a democracia.²⁸⁰

É nesse contexto que se torna possível retirar o mais amplo conceito de contraconstitucionalismo, justamente aquele que mais interessa a esse trabalho, qual seja: a teoria que se corporifica nas práticas aparentemente constitucionais e democráticas, mas que, concretamente, acarretam resultados que se opõem à promessa do constitucionalismo de matiz democrático-participativo.²⁸¹

²⁷⁸ Expressão presente em ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 28.

²⁷⁹ Richard Albert dá como exemplos: a Constituição da República da Polônia, a Constituição da República do Uzbequistão e a Constituição da República de Belarus (Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 28).

²⁸⁰ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 35, 53-55.

²⁸¹ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 4.

3.3 As constituições líquidas de Carlos Blanco de Moraes

Em postura distinta dos autores antes mencionados, o professor Carlos Blanco de Moraes também denuncia um constitucionalismo desviante, mas cuja fonte é a específica atuação dos Tribunais Constitucionais que atribuem conteúdo normativo às disposições constitucionais, modificando-as sem alterar o texto da Constituição, sob o pretexto de exercer uma atividade interpretativa. Em consequência, as disposições constitucionais tendem a perder sua identidade normativa como norma decidida por um legislador constituinte, legitimado pelo voto popular. As normas constitucionais, assim, começam a assumir formas jurídicas diferentes — e até contraditórias — da intenção normativa original, eis que seu programa passa a ser indevidamente determinado por decisões judiciais que geram a incerteza jurídica de uma “Constituição líquida”.²⁸²

Para Carlos Blanco de Moraes, as decisões judiciais de teor normativo que alteram a substância da norma constitucional, sem alterar seu texto, podem ser descritas como mudanças constitucionais “impuras”, uma vez que transpõem a reserva normativa constitucional. Elas, segundo o autor, quebram o princípio da rigidez constitucional, distorcem os limites e técnicas da função interpretativa e tornam as escolhas políticas incompatíveis com a passividade e a imparcialidade de uma jurisdição.²⁸³

Pelo conceito de liquefação da ordem constitucional, o jurista português identifica o estado de evanescência da normatividade da Constituição positiva em determinadas ordens jurídicas de tradição romanista, em razão da mutabilidade do conteúdo das normas constitucionais em face dos modernos desenvolvimentos sociopolíticos e da necessidade de interpretação normativa judicial.²⁸⁴ Assim, para o autor, defender uma manifestação criativa da justiça constitucional, sob seus poderes interpretativos,

²⁸² BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Liquid Constitutions” and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020. p. 105-137 (passim).

²⁸³ BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Liquid Constitutions” and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020. p. 105.

²⁸⁴ BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Liquid Constitutions” and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020. p. 106.

seria equivalente à máxima popular segundo a qual “uma das melhores artes do diabo é fazer crer que ele não existe”.²⁸⁵

Enfim, Carlos Blanco de Moraes defende que limitar o poder dos Tribunais Constitucionais mais “jupiterianos” em seu autoproclamado papel de legislador constitucional tácito e suplementar é um imperativo do princípio da separação de Poderes que une todas as instituições soberanas, incluindo o próprio Tribunal Constitucional. Essa limitação tem em vista preservar essa jurisdição como o “ramo menos perigoso” e reverter os riscos da liquefação constitucional, a fim de devolver à Constituição sua objetividade necessária e força jurídica indispensável.²⁸⁶

3.4 O constitucionalismo autoritário na proposta de Mark Tushnet

Uma tese interessante a respeito de um modelo de constitucionalismo desviante vem descrita em “*Authoritarian Constitutionalism*”, de Mark Tushnet.²⁸⁷ Nesse contexto, a ideia de constitucionalismo autoritário identifica o sistema de governo que combina eleições razoavelmente livres e justas com um grau moderado de controle repressivo da expressão e limites na liberdade privada. Em síntese, o autor sugere que o constitucionalismo em sistemas autoritários tem modesto compromisso normativo com os autênticos valores constitucionais, por isso, de fato, o constitucionalismo em tais circunstâncias se reveste de viés autoritário.²⁸⁸

O constitucionalismo autoritário, nesse sentido, deve ser distinguido do mero autoritarismo e do constitucionalismo formal (ou mero Estado de Direito). Mark Tushnet, com esse propósito, alerta que o constitucionalismo autoritário possui as seguintes características básicas:²⁸⁹

²⁸⁵ BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Liquid Constitutions” and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020. p. 135.

²⁸⁶ BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Liquid Constitutions” and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020. p. 135.

²⁸⁷ TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015.

²⁸⁸ O constitucionalismo autoritário, para Mark Tushnet, reúne um grau de proteção intermediário das liberdades civis, com níveis de força e fraude em eleições baixos ou intermediários (ver Tabela 1 em TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015. p. 397). Assim, esse tipo de constitucionalismo passa a impressão de que é algo não tão ruim, mas em seu âmago afeta os valores democráticos da sociedade.

²⁸⁹ Confira-se, sobre as características abaixo listadas, TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015. p. 448-451.

(1) No constitucionalismo autoritário há regime controlado por um partido ou coligação dominante que conduz todas as políticas públicas relevantes. É isso que torna o regime autoritário.

(2) O regime não prende direta e arbitrariamente adversários políticos, embora possa impor uma variedade de sanções a eles (ex.: o risco de falência, exposição midiática pautada em *fake news* etc.).

(3) Mesmo empregando tais sanções, o regime permite a discussão e críticas abertas às suas políticas. Os críticos do regime encontram-se capazes de disseminar suas críticas mesmo após terem sido sancionados.

(4) O regime opera eleições razoavelmente livres e justas. Fraudes e intimidação física ocorrem apenas esporadicamente e sem uma linha sistemática clara.

(5) O partido dominante é sensível à opinião pública e altera suas políticas pelo menos às vezes em resposta ao que considera ser opinião pública. Sua motivação para a responsividade pode ser misturada, embora o desejo de permanecer no poder domine outras motivações, como julgamentos sobre o que está nos melhores interesses do país.

(6) O regime visa cooptar o máximo de adeptos e simpatizantes, de modo a desenvolver mecanismos para garantir que a quantidade de dissidências não exceda o nível que considera desejável (ex.: em Cingapura os jovens promissores não são orientados nas universidades, mas sim canalizados para posições de poder que apoiam o governo). Mark Tushnet adverte que esses mecanismos de cooptação podem ter o efeito colateral de aumentar a responsabilidade do regime com a opinião pública e as críticas.

(7) Por fim, os Tribunais são razoavelmente independentes e aplicam requisitos básicos de direito razoavelmente bem. Contudo, os juízes, especialmente os integrantes de Tribunais de cúpula, na linha de argumentação de Mark Tushnet, são mais sensíveis aos interesses do regime dominante, seja devido à formação dos juízes, seja em razão dos mecanismos de seleção para ingresso em tais Tribunais. Às vezes, de fato, eles podem rejeitar iniciativas importantes do regime por razões constitucionais ou de legalidade. Mas o sistema de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário assumirá uma forma fraca, com o regime tendo o poder de alterar a Constituição para que suas iniciativas estejam consoantes as interpretações dos Tribunais.

Portanto, com base na reunião das características vistas acima, é possível perceber que o constitucionalismo autoritário é um ponto de transição perigoso para o

mero autoritarismo. Não há, neste estágio, ataque incisivo às liberdades individuais dos cidadãos. Como alerta Mark Tushnet²⁹⁰, um cidadão em um país de constitucionalismo autoritário vive bem, ainda que dissidente, pois será dificilmente privado de acesso aos seus direitos básicos; ou perseguido para o exílio; ou, menos ainda, jogado arbitrariamente na cadeia. Contudo, o constitucionalismo autoritário é um sinal de alerta para a escalada arbitrária, pois dá espaço para o regime abusivo se municiar de ferramentas tirânicas, sob o véu de uma aparente constitucionalidade.

3.5 Nossa proposta de constitucionalismo abusivo

Nas linhas acima se inventariou um rol exemplificativo de constitucionalismos desviantes, fazendo-se menção às teorias do constitucionalismo abusivo, do contraconstitucionalismo, das constituições líquidas e do constitucionalismo autoritário. Embora as teses sejam trabalhadas por seus autores com focos e abordagens distintas, a rigor, elas comungam o fato de refletirem um uso meramente retórico, formal ou aparente dos elementos do constitucionalismo. Em outros termos, todas, garantidamente, buscam denunciar as práticas que, embora aparentem afinidade com as promessas do constitucionalismo democrático, na verdade, minam-no.

Assim, tomar-se-á como base a ideia-bruta estampada por David Landau, na sua proposta de constitucionalismo abusivo, cuja essência pode ser assim assimilada: “[o] constitucionalismo abusivo [...] visa descrever a utilização de mecanismos [...constitucionais, mas] capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes”.²⁹¹ Esse será o ponto de partida a ser aprimorado pelas outras contribuições teóricas apresentadas.

Nesse panorama, o conceito de contraconstitucionalismo pode agregar à noção de constitucionalismo abusivo a perspectiva de que os mecanismos de rebaixamento do nível democrático podem se portar de maneira aparentemente constitucional, mas serem, substancialmente, deletérios à promessa constitucional democrática. Em outros termos, a própria Constituição pode contribuir para o surgimento de barreiras à

²⁹⁰ TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015. p. 460.

²⁹¹ OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na Justiça Constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos *veto players* na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**, São Paulo, v. 30, n. 132, p. 33-74, jul./ago., 2022. p. 36.

plena realização da democracia; a própria Constituição, portanto, possui mecanismos para a ascensão de um constitucionalismo abusivo. Trata-se, à evidência, de uma observação importante e integrativa.

Já a noção de constituições líquidas, apresentada por Carlos Blanco de Moraes, adiciona um campo de atuação antes não observado por David Landau em sua proposta de constitucionalismo abusivo. Como visto, o constitucionalismo abusivo, em sua formulação original, é concentrado na manipulação de emendas constitucionais e da mutação constitucional. A ideia trazida por Carlos Blanco de Moraes pode acrescentar um novo plano de análise à tese de David Landau: a atuação dos Tribunais Constitucionais quando analisam o teor normativo das disposições constitucionais, modificando-as sem alterar o texto da Constituição, sob o pretexto de exercer atividade interpretativa. Assim, com a ideia de constituições líquidas, pode-se afirmar que também os Tribunais Constitucionais podem ser veículos do constitucionalismo abusivo — uma compreensão essencial para os propósitos deste trabalho.

Por fim, a noção de constitucionalismo autoritário, de Mark Tushnet, adiciona à tese do constitucionalismo abusivo um importante diagnóstico: o constitucionalismo autoritário, que pode — e tende a — assumir vestes de constitucionalismo abusivo, constitui um ponto de transição para regimes propriamente autoritários. Trata-se de um ponto de relevante inflexão democrática, em que o alerta precisa ser ligado. Do contrário, abre-se espaço para o maquinário autoritário se fortalecer e minar, por vezes definitivamente, as defesas das instituições democráticas do país.

Com base nessas percepções, objetivou-se, neste passo, a construção de um *conceito-guia* de constitucionalismo abusivo que sirva aos propósitos deste trabalho. É da reunião dos elementos trabalhados acima que exsurge a nossa proposta de constitucionalismo abusivo, cuja ideia pode ser assim sintetizada: *o constitucionalismo abusivo é o fenômeno decorrente da utilização de mecanismos aparentemente constitucionais, mas que manobrados por quaisquer dos atores constitucionais relevantes, inclusive a própria Corte Constitucional, são capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes e gerar o risco de transição a regimes autoritários.*

É com base nesse conceito que desenvolveremos a análise e diagnóstico da prática constitucional levada a cabo pelo STF, enquanto ator do constitucionalismo abusivo, no desiderato de verificar se, de fato, há ou não atalhamento constitucional no exercício da justiça constitucional brasileira.

4 O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NA DINÂMICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Como registrado linhas atrás, a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional é aspecto indelével, que, dentro da premissa deste trabalho, não pode ser olvidado. Em sua atuação, o Tribunal Constitucional é muito mais vezes o garantidor da democracia do que um desafiante do governo do povo. Contudo, não há como negar que, em certas ocasiões, o Tribunal Constitucional pode atuar se utilizando, regular e coordenadamente, de mecanismos constitucionais para fragilizar a ordem democrática. No caso do STF, que neste trabalho consideramos desempenhar funções inerentes a um Tribunal Constitucional (ver Capítulo 2), a situação não é distinta, sendo, justamente, esse nosso foco de análise.

Com efeito, mesmo que as decisões do STF pautem-se, idealmente, em atributos de argumentação jurídica para conferir validade a seus termos, fato é que essas mesmas decisões são embebidas de finalidades externas, não raras vezes obscuras.²⁹² A literatura especializada, em especial após o aumento de estudos empíricos sobre a matéria, passou a denunciar um número crescente de decisões que “buscam mitigar o crescente conflito político em casos de forte desacordo moral e, mais ainda, sua postura corporativa e agenciadora de interesses com os outros poderes”.²⁹³

O STF e seus ministros são dotados de inegável poder na definição do constitucionalismo democrático no país. Esse poder justifica, por exemplo, o exercício da justiça constitucional e a definição final de litígios de alta densidade político-jurídica, sem recurso a superior jurisdição. Contudo, em cenários em que os desenhos institucionais se mostrem falhos e/ou informais, abrem-se portas para que o STF e seus membros reiterem práticas ligadas à personalização do poder e à violação das barreiras institucionais do constitucionalismo democrático, mediante condutas que apenas aparentemente se encontram afinadas ao baluarte da democracia.

Importante ter em mente, nesse panorama, que, como alertam Juliano Zaiden Benvindo e Rafael Estorilio, a mencionada dinâmica de atuação não se limita aos

²⁹² BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 174.

²⁹³ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 174-175.

comportamentos individuais dos ministros da Corte, ou seja, a adoção individual de posições conservadoras ou ousadas, ativistas ou reacionárias. Em rigor, trata-se da devotada batalha do STF para determinar seu espaço na tomada de decisões, que reflete em questões constitucionais decisivas. Há, assim, “uma clara correspondência, embora não confundível, entre o agir dos ministros em nome da Corte e a própria configuração da Corte como instituição”.²⁹⁴

Todavia, e isso é relevante considerar, em um desenho institucional como nosso, que confere excessivos poderes a cada ministro em particular²⁹⁵, essa “correspondência” (vale dizer, o individual dos ministros com o institucional do STF) beira a uma equivalência. Nesse contexto, aliás, o próprio conceito de deliberação tende a se degenerar: se, em um plano semântico perfeito, a deliberação impende uma coletividade argumentativa; no âmbito degenerado da ministocracia, a deliberação pode assumir as vestes impróprias de uma decisão individual final e, destarte, um ministro agiria como se a Corte fosse, facilitando, assim, o abuso constitucional.²⁹⁶

Desse modo, neste Capítulo, investigar-se-á a hipótese de que a Constituição pode ser estrategicamente utilizada para beneficiar agenciadores de interesses durante crises político-institucionais e que o STF pode atuar nesta dinâmica como relevante catalisador desse processo. O foco, nesse quadrante, ao contrário do que se poderia esperar, não será a tomada de decisões discricionárias ou pragmáticas pela Corte, mas sim a utilização desviante de argumentos ligados ao constitucionalismo democrático, quando, em essência, escondem-se por esse véu violações ao sistema constitucional.²⁹⁷

²⁹⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 175.

²⁹⁵ Sobre a questão, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Ribeiro denominam o crescimento do exercício monocrático da jurisdição do STF de “ministocracia”. Pode-se dizer que a ministocracia é uma versão radical da “supremocracia”, consistente no fato de que grande parcela do poder entregue pelo constituinte ao STF foi sendo assumida individualmente por seus membros (ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1. p. 13-32, 2018).

²⁹⁶ Denunciando a questão, veja-se: BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 176; MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

²⁹⁷ No mesmo sentido, e amplamente, vale ver: BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017.

Para atingir o objetivo tracejado acima, de modo tal que se visualize bem a ocorrência do constitucionalismo abusivo na dinâmica do Tribunal Constitucional brasileiro, dividir-se-á o diagnóstico em três eixos que serão devidamente explicados: o primeiro, o eixo argumentativo; o segundo, o eixo da sincronicidade de atuação da Corte; e o terceiro, o eixo do uso deslocado da subsunção pelo STF.

4.1 As ferramentas argumentativas na atuação do Tribunal Constitucional brasileiro

Em termos institucionais, o exercício do constitucionalismo abusivo é geralmente antecedido pelo reforço da posição de *player* no jogo político, tornando desequilibrado o ambiente que, normalmente, deveria prezar pelo saudável exercício dos *checks and balances*. Dentro desse panorama, tem-se observado nos últimos anos a crescente presença do STF na arena política. Isso, seja nas *decisões formais da Corte*, seja nas *falas informais de seus ministros*. Sem dúvidas, esse fenômeno tende a reforçar a posição do STF como agente central no constitucionalismo, sendo uma etapa relevante da atuação da Corte no sentido de impor sua autoridade para posteriormente agenciar interesses no processo decisório.²⁹⁸

Esse movimento argumentativo no sentido de agenciar interesses no processo decisório é bem assimilado por Mark Tushnet, que, dentre outras observações, destaca que o constitucionalismo oferece amplo rol de estratégias para um “regime” (e sua ênfase encontra-se nos regimes autoritários) se alinhar, em um jogo sequencial, com o Tribunal Constitucional de seu país. Nesse cenário, a Corte age estrategicamente por um aparente refino da argumentação judicial para justificar os passos do regime. Em suma, Mark Tushnet defende, ao menos no plano teórico, que essa atuação da Corte sequer poderia se alocar dentro do conceito de “constitucionalismo, pois nasce de seu anseio solipsista para mais tarde sustentar interpretações abusivas”.²⁹⁹

Em suma, o que fica é que, dentro do uso argumentativo que a Corte faz de seu poderio, as decisões proferidas podem, em verdade, servir ao propósito de pôr o STF na condição de “agente seletor do constitucionalismo abusivo, fortalecendo as

²⁹⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 177.

²⁹⁹ TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015.

capacidades de decisão, e ainda estabelecer um papel mais definitivo a suas deliberações”.³⁰⁰

Um exemplo pode ser útil para aclarar o que foi dito: no Recurso Extraordinário n. 407.688/AC³⁰¹, em que se controvertia a legitimidade constitucional da penhora do único bem de família do fiador imobiliário, o STF se valeu de uma argumentação econômica e mercadológica para decidir, em verdadeira adivinhação sem base empírica demonstrável, que a “técnica legislativa” da penhora em tais casos “romperia o equilíbrio do mercado” a que o Estado deveria atentar-se, despertando garantias mais custosas e, conseqüentemente, um desfalque no próprio direito à moradia pela população. Nesse caso, os ministros adotaram o argumento solipsista, atribuindo funções reguladoras ao Tribunal e, assim, catalisando maiores poderes de barganha política na Corte.

A lógica catalisadora de poderes no exercício do jogo político sequencial também pode ser vista na iteração entre o STF e os demais Poderes. Nesse âmbito, uma das estratégias é retirar indiretamente funções típicas de outros Poderes, submetendo-as à constante vigia e aceitação pelo STF.

À guisa de ilustração, a argumentação judicial desenvolvida no MS n. 32.033/DF³⁰² pelo STF, em especial pelo voto do ministro Gilmar Mendes, reputou inconstitucional o processo legislativo que tratava de novas regras partidárias (Projeto de Lei n. 4.470/2012), sob o argumento de que a votação do projeto de lei se deu de maneira apressada, não fazia sentido e, dentre outros fatos, beneficiava os próprios parlamentares. Segundo o ministro Gilmar Mendes, o projeto de lei traduziria uma ofensa “à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos”. Como anotam Juliano Zaiden Benvindo e Rafael Estorilio, “[é] visível que o argumento do ministro não passava de uma discordância pessoal para rejeitar um processo legislativo que entendeu ‘indevido’, embora sem

³⁰⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 177-178.

³⁰¹ STF, Pleno, RE 407.688/AC, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* de 6-10-2006.

³⁰² STF, Pleno, MS 32.033/DF, rel. min. Gilmar Mens, red. do ac. min. Teori Zavascki, j. 20-6-2013, *DJE* de 18-2-2014.

apontar nenhuma irregularidade material ou de procedimento naquela decisão de inconstitucionalidade”.³⁰³

Esse crescimento do poder de barganha política por intermédio de um acréscimo de sua capacidade de decisão discricionária também se solidifica em certos “institutos” de Direito Constitucional, que, no Brasil, são aplicados como se fossem verdadeiras inapagáveis do exercício da justiça constitucional. O instituto da modulação de efeitos representa bem o alhures afirmado. Não raro a modulação de efeitos tem sido aplicada por meio de uma conjugação argumentativa que a sustenta no objetivo de evitar tragédias econômicas, sociais, políticas etc. Mas, se bem investigados os fatos que dão azo à mencionada argumentação, verifica-se que as ditas tragédias não passam de especulações, sem maior arrimo empírico.³⁰⁴

Dessa forma, é possível verificar que a Corte Constitucional brasileira por vezes adere a uma agenda que, aparentemente, visa a melhorar o futuro, porém, ao mesmo tempo, assume dentro dessa agenda uma posição de quase divindade, profética ou de oráculo, aumentando sua aptidão de barganha e seu potencial para operar mediante um constitucionalismo abusivo.

Todavia, é preciso frisar que o STF não atua sozinho quando maneja os argumentos jurídicos no sentido de um abuso constitucional; como advertem Juliano Zaiden Benvindo e Rafael Estorilio, o jogo “não é inocente e tampouco de mão única”.³⁰⁵ Isso, pois, na medida em que o STF se consolida como instituição capaz de manobrar seus argumentos jurídicos por termos políticos, sob a aparência de uma estrita interpretação constitucional, não apenas o Tribunal cresce em seu poder de barganha, como também os outros poderes passam a dele fazer uso para legitimar suas próprias atividades.

Uma boa ilustração desta via de mão dupla pode ser observada no caso do *impeachment* da então presidenta Dilma Rousseff.³⁰⁶ Na ocasião, o STF, como

³⁰³ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 179.

³⁰⁴ Tecendo interessantes considerações sobre a modulação de efeitos e suas consequências políticas no âmbito da gramática constitucional do STF, veja-se: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138-225.

³⁰⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 179.

³⁰⁶ Amplamente, confira-se: BUSTAMENTE, Thomas. **Em defesa da legalidade: temas de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 52-109.

instituição responsável pela interpretação da Constituição, foi chamado a cumprir seu dever naquela profunda divisão política a que o Brasil assistia. Naquele cenário, o STF adotou uma postura reativa, sob a justificativa de preservar o princípio da separação dos poderes. A opção gerou estranhamento, porquanto o Tribunal, em sua formação à época, apresentava-se como intenso partícipe, por vezes interventor, da política; enquanto na específica situação do *impeachment* este mesmo Tribunal optou por conter-se sem apontar um *discrimen* forte bastante para a mudança de postura — a não ser as razões externas, ligadas ao próprio jogo político na interação com os outros Poderes.

À evidência, a atuação do STF no *impeachment* de Dilma Rousseff estava claramente enodada ao momento político que vivia o Brasil, no qual os poderes políticos pareciam atropelar por completo o Direito. Dentro do próprio processo de impedimento da então chefe do Executivo federal inexistia um procedimento de imputação da culpa que se mostrasse completo e idôneo, pois as contas — motivo central do *impeachment* — não chegaram a ser reprovadas pelo Parlamento, mas apenas pelo Tribunal de Contas da União (TCU). A própria supremacia da Constituição se viu abalada naquele contexto, pois a Lei n. 1.079/1950 acabou por condicionar a interpretação da Constituição, quando o correto, como sabemos, é a operação hermenêutica inversa. Ao se desobrigar dessa contenda, apenas afirmando o seu papel de garantir a obediência às regras formais do jogo político, a Corte gerou, como efeito colateral, a legitimação constitucional de um processo de *impeachment* altamente criticável em termos jurídicos.³⁰⁷

Constata-se que o denominador comum existente em tais situações é a maneira como o Tribunal Constitucional, ao se arvorar na condição de detentor da “última palavra” e incrementar elevados poderes a si próprio, pode exponenciar práticas abusivas ao constitucionalismo, sob uma aparente roupagem de legitimidade constitucional. Em última escala, utiliza-se o texto constitucional (ou melhor, a “interpretação” que a Corte dá a ele) contra a própria Constituição. O diálogo entre Poderes, nesse panorama, aproxima-se muito mais de uma barganha política, em que a estratégia funciona como condicionante da interpretação do texto maior, servindo ao reforço e à captura de posições políticas estratégicas pelo STF.

³⁰⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 180.

Dentro desse recorte, é possível concluir que o aumento da capacidade de justificação de sua interferência constitucional tem aberto ao STF um vasto campo preenchido por possibilidades, sendo uma delas a de uma atuação pautada em um constitucionalismo abusivo. O mencionado jogo de mão dupla, que atravessa tanto esse crescimento do poder da Corte, quanto a esperança de aumento em seu poder de barganha, expressa-se de distintas formas. É justamente neste perímetro que se situa a importância da análise dos fenômenos de sincronicidade e o uso deslocado da subsunção na atuação do Tribunal Constitucional brasileiro.

4.2 A sincronicidade de atuação da Corte

O conceito de sincronicidade, na esteira da psicologia analítica de Carl G. Jung³⁰⁸, traduz o conjunto irracional de acontecimentos que podem envolver uma relação de causalidade oculta. O conceito, apesar de originário de teorias de psicologia analítica, presta importante auxílio para que se possa encontrar relações de causa e efeito implícitos em eventos típicos de constitucionalismo abusivo.

Nesse cenário, a causalidade oculta atrás de um conjunto de eventos originados da atuação de um Tribunal, em perspectiva estratégica, é muitas vezes o sintoma mais claro de um constitucionalismo abusivo na justiça constitucional. Recusar a ocorrência de estratégias políticas nesse encadeamento de forças é ser ingênuo quanto à análise de comportamentos humanos e de movimentações institucionais.³⁰⁹

Desse modo, a despeito de sozinha não conseguir provar cabalmente a ocorrência do constitucionalismo abusivo, a sincronicidade gera ao menos um estado de suspeição quanto a esses movimentos. São práticas reiteradas e cuja modelagem se coloca cada vez mais em sintonia com uma nova configuração do Tribunal Constitucional como instituição central do jogo político.³¹⁰ Nesse contexto, a deliberação judicial, que contempla este conjunto irracional de acontecimentos envoltos em uma

³⁰⁸ Ver, amplamente, JUNG, Carl G. **Obra completa de C. G. Jung. Parte 3. Sincronicidade: a dinâmica do inconsciente**. 21. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. v. 3 (passim).

³⁰⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 182.

³¹⁰ Alguns exemplos de atuação do STF na lógica da sincronicidade que dá azo ao abuso constitucional são postos no curso deste Capítulo, especialmente nos subtítulos 4.2.1, 4.4.1 e 4.4.2, *infra*.

relação de causalidade oculta, aproxima-se deleterianamente de formas típicas de barganha política, em detrimento do constitucionalismo democrático.³¹¹

4.2.1 O Tribunal Constitucional e a teoria dos “veto players”

A sincronicidade, enquanto fenômeno representativo das movimentações estratégicas de uma Corte Constitucional, pode ser vislumbrada na interação entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, máxime tendo em mente a teoria dos *veto players*.

É na ciência política que se concentram os estudos mais robustos sobre essa teoria.³¹² Lá se coloca que o conceito de *veto player* diz respeito aos atores (individuais e coletivos) cuja concordância é necessária para que se tome uma decisão política. A ação negativa destes atores (isto é, o veto) representa uma operação de bloqueio ou inviabilização da decisão política. Quando posta a teoria dos *veto players* em um cenário estratégico do jogo político, observa-se que tais atores têm poder de controlar a agenda, com capacidade de interferir de maneira decisiva na formatação da agenda pública ou governamental.³¹³

No âmbito da justiça constitucional é possível a análise dos *veto players* também em relação aos Tribunais Constitucionais e aos agentes que lá interagem (legitimados ativos às ações constitucionais de competência da Corte, Ministério Público, governantes, congressistas etc.), porque, em virtude da judicialização da política e do aumento do poder de revisão judicial das Cortes, estas atuam como *veto players* dentro do emaranhado jogo político inerente aos “diálogos institucionais”³¹⁴.

³¹¹ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 182-183.

³¹² Sobre o tema, vale conferir: TSEBELIS, George. **Veto players: how political institutions work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002 (*passim*); MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. **Rediscovering institutions: the organizational basis of politics**. New York: Free Press, 1989; SHAPIRO, Ian. **Politics against Domination**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

³¹³ Amplamente, confira-se: TSEBELIS, George. **Veto players: how political institutions work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002 (*passim*).

³¹⁴ Por diálogos institucionais se quer fazer menção à “complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade” com o objetivo de colmatar a lacuna empírica existente na falha da plenitude dos juízes e dos legisladores para sozinhos interpretarem a Constituição (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2017. p. 256). Ao contrário das teorias da supremacia judicial e da supremacia do parlamento, a teoria dos diálogos reconhece a falibilidade das instituições políticas (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de

Nem mesmo a afirmação de que “juízes argumentam, enquanto políticos barganham”³¹⁵ seria o bastante para afastar a possibilidade de aplicação da teoria dos *veto players* em âmbito jurisdicional. Conquanto a afirmação até possa se fazer coerente e verdadeira sob o ângulo abstrato do discurso, quando trazida para a perspectiva prática, vê-se que, não raras vezes, a Corte Constitucional tem, sim, assumido posição de barganha nos diálogos institucionais.

E, aqui, vale a pena abrir parênteses para explicar uma premissa: não se nega, neste trabalho, a intersecção da função desempenhada pelo Tribunal Constitucional com a política e, conseqüentemente, com a legitimidade dos diálogos institucionais. Com efeito, o Direito é um fenômeno cultural. Ele não se encontra *in res natura*³¹⁶; é produto do homem e de sua cultura.³¹⁷ Por isso, o Direito deve ser compreendido em seu contexto, enquanto fruto das interações constantes entre política, economia, religião, sociedade etc. É uma força viva que se move à luz da experiência.³¹⁸ Em razão dessa premissa não se pode afirmar que a justiça constitucional, em suas diversas manifestações, alheia-se da política. Obviamente, nas funções que a Constituição investe a Corte Constitucional há, sim, componentes políticos relevantes³¹⁹, os quais

Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008. p. 11). Assim, ela, a teoria dos diálogos institucionais, adota a máxima da sabedoria política, na qual não há um procedimento unívoco que garanta resultados justos; não há instituição infalível, por melhor que seja desenhada. Os resultados são sempre fruto da interação de instituições imperfeitas, tal como a humanidade o é. Por isso, a deliberação passa a ser analisada empiricamente, em tom crítico, mas não alheio à realidade das coisas.

³¹⁵ ROBERTSON, David. **The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review**. Princeton: Princeton University Press, 2010. p. 36.

³¹⁶ Como alerta Oscar G. Chase, as práticas sociais só “fazem sentido” quando observadas a partir da cultura que as cria e sustenta. Regras e condutas alicerçadas em um contexto que lhes estranho são intrigantes, e o modo pelo qual essa estranheza é manobrada pelos profissionais do Direito de cada local pode despontar conflitos e complexidades inerentes à cultura (**Direito, cultura e ritual**. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 120)

³¹⁷ FALZEA, Angelo. **Introduzione alle scienze giuridiche**, parte prima (*Il concetto del diritto*). 5. ed. Milano: Giuffrè, 1975. p. 218-219; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92-94; OLIVEIRA, Lucas Soares de. Inspeção judicial: uma análise propositiva acerca da autorreferência judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda; e DIDIER JR., Fredie (org.). **Doutrinas essenciais. Novo Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, v. IV. p. 962; CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 120.

³¹⁸ FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. **Rivista di diritto civile**, CEDAM, Padova, p. 1-17, 1988.

³¹⁹ Como lembra Fernando Alves Correia: “De facto, a instituição pela Constituição de um Tribunal Constitucional com um amplo leque de competências em vários tipos de processos e com a relevante missão de ser intérprete supremo da Lei Fundamental faz daquele órgão jurisdicional um garante do ‘funcionamento constitucional do Estado’, que o mesmo é dizer, do ‘correto e regular desenvolvimento do processo político’” (**Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 401).

Também, para uma ampla e racional abordagem do tema, rechaçando a ideia do Tribunal Constitucional como um órgão político, mas aceitando que ele pode tocar em questões políticas, mas sob o

são muito claros quando analisada a atuação concretizadora do STF no controle de constitucionalidade sobre atos e omissões legislativas, por exemplo.³²⁰

Demais disso, a Corte Constitucional, no exercício de sua *função arbitral*³²¹, acaba arvorando-se em legítimo papel pacificador e resolutivo das fricções inerentes aos diálogos entre os poderes.³²² Nesta função, as decisões do STF acabam ostentando certa — e legítima — carga política, pois dadas em garantia da federação e da separação dos poderes, zelando pela harmonia da estruturação dos poderes e pela efetividade das interações federativas.³²³ Mas, ao lado desse viés político, há sempre o jurídico, consistente na autorização constitucional predisposta à atuação da Corte em sua função arbitral. Assim, no exercício dessa função, longe de ferir a separação dos poderes por uma invasão indevida da justiça constitucional no âmbito político, o Tribunal Constitucional se coloca como *locus* apropriado à preservação da harmonia dos Poderes Constituídos³²⁴, em verdadeira garantia jurídico-político-constitucional.³²⁵

Quando se fala em politização da justiça constitucional, a rigor, quer-se denunciar a atuação da Corte Constitucional em substituição à arena política, mediante ações impregnadas de discricionariedade político-legislativas. Também se delata a

ângulo autorizado pelo direito e pela Constituição, veja-se: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297-319; e 447-487.

³²⁰ Sobre a interpretação concretizadora das normas constitucionais e seu significado político-jurídico, vale conferir: RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 435-487. Similarmente, confira-se: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 471.

³²¹ Trata-se de feliz terminologia (e categorização) construída por André Ramos Tavares, cujo significado, em termos sucintos, pode ser assim colocado: “[c]onsidera-se exercício da função arbitral apenas na hipótese de se reportar o Tribunal Constitucional à atuação normativa ou material dos ‘poderes’, procurando solver eventuais conflitos que surjam, fundamentada exclusivamente na preocupação de superar o atrito entre entidades constitucionais” (**Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297).

³²² Amplamente, veja-se: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297-319.

³²³ J. J. Gomes Canotilho elucida sobre o tema: “O Tribunal Constitucional é um autêntico órgão judicial que, em virtude de ter de discutir questões jurídico-constitucionais de claro sentido político, profere decisões com grande incidência política. Isto é, porém, diferente da caracterização do Tribunal Constitucional como instituição quase «autônoma» relativamente à Constituição ou da sua legitimação como «legislador constituinte»” (Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático português. **Revista do Ministério Público**, ano 9, n.º 33-34, jan.-jun., 1988, p. 16).

³²⁴ Sobre a nova visão da separação dos poderes, confira-se: ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

³²⁵ Esse papel regulativo do Tribunal Constitucional também é destacado na doutrina estrangeira, veja-se: CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 401-427.

atuação de um Tribunal que cede às exigências dispostas na arena política, atuando de forma estratégica e oportunista, cuja aparência de legitimidade jurídica de suas ações desaparece depois de um olhar mais profundo, que descortina interesses meramente políticos por detrás das ações do Tribunal.³²⁶

Portanto, em conclusão ao parêntese aberto, não se cogita negar a iteração que o Direito e, por conseguinte, a justiça constitucional, travam com a política. Essa é uma verdade inabalável. O que se pretende é jogar luzes nas hipóteses em que o direito sai de cena, como se expulso fosse, pelas exigências do poder político. É essa a mazela que se denunciará por este trabalho.

Retomando às explicações sobre a teoria dos *veto players*, mas tendo em mente as premissas acima alinhavadas, tem-se que a função arbitral entregue aos Tribunais Constitucionais autoriza a afirmação de que estas Cortes são o lugar apropriado para controlar e equilibrar os demais Poderes Constituídos, garantindo a separação dos poderes e a proteção das minorias.³²⁷

No entanto, esta função arbitral não contrasta com a aplicação da teoria dos *veto players* à justiça constitucional, pois os tribunais precisam ser provocados a agir, em nome do princípio da inércia, sendo neste contexto verificada a sua utilização pelos atores vencidos na arena política. Em outros termos, o *judicial review* habilita como *veto players* não somente os juízes constitucionais, mas, igualmente, outros atores, que possuem legitimidade para provocar o Tribunal Constitucional ou que podem participar do litígio constitucional por outras formas (audiências públicas, *amicus curiae* etc.).

³²⁶ Neste trabalho, o leitor já deve ter percebido que as discussões ora postas não atacam ou fazem menção expressa ao conhecido e muitas vezes denunciado “ativismo judicial”. Isso se dá por alguns motivos. Primeiro, pois as teorias que analisam o ativismo judicial muitas vezes negam o viés político da jurisdição, o que não é caso deste trabalho. Segundo, porque um escrito que objetive analisar o ativismo judicial, de forma séria, mereceria um espaço bem maior do que o viável a este estudo, tornando a análise do tema, neste momento, rarefeita e, portanto, imperfeita. Terceiro, porquanto este trabalho não objetiva uma equivalência do conceito de constitucionalismo abusivo com o de ativismo judicial, pois mesmo uma postura não-ativista do Judiciário (*v.g.*, uma postura reativa) pode gerar um abuso constitucional. Assim, para não misturar os conceitos, a análise do ativismo judicial foi intencionalmente bloqueada, enquanto recorte analítico. Mas impossível não reconhecer que quando o Tribunal se substitui aos atores da arena política ele atuará de forma bem próxima ao denunciado ativismo judicial nocivo, que, nestes termos, também é aqui combatido.

³²⁷ Nesse sentido, confira-se: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297-319.

É necessário ter em mente que o potencial de cada agente com poder de veto é distinto.³²⁸ A colocação da Corte Constitucional dentro da arena política acaba viabilizando que diversos atores, que naturalmente não teriam voz no jogo político do parlamento e do Executivo, consigam destaque. Esse fato leva a outro: a latitude de acesso à Corte pode demonstrar que, quando imergido na arena política, o Tribunal Constitucional pode acentuar favorecimentos a alguns atores políticos em detrimento de outros. Assim, o grande desafio que se coloca é o de averiguar quais atores ou grupos políticos, concretamente, beneficiam-se política e estrategicamente com a atuação do STF na arena política. É dizer: como fica o poder de barganha dos atores políticos diante da judicialização da política na Corte Constitucional?

Dentro da teoria dos *veto players*, especificamente no que tange aos movimentos estrategicamente calculados por cada um dos atores políticos, há de se considerar a existência de *veto points*. Esses são locais institucionais onde os atores podem exercer, real ou potencialmente, o poder de veto sobre a decisão política.³²⁹ Quem atua nos *veto points*, desta maneira, consegue influir nas negociações políticas antes mesmo da implementação destas. E mais: rigorosamente, a simples potencialidade de atuação no *veto point* tende a conferir ao *veto player* maior envergadura política, aumentando o seu poder de barganha.³³⁰

Considerando esse cenário de interação estratégica, tem-se que, não raras vezes, a conduta dos Tribunais Constitucionais diante de julgamentos a respeito de questões políticas acaba urdindo a própria decisão política, tanto no que diz respeito aos seus efeitos passados, quanto no que se refere aos efeitos futuros.

Isso, pois a ameaça de derrubada de determinada política pelo sistema de revisão judicial impõe que se considere, no próprio processo em que a política é edificada, o fator de veto judicial.³³¹ A ilustrar, basta ver que os partidos menores e a oposição podem se valer da possibilidade de veto judicial para barganhar importantes pontos a

³²⁸ Com igual pensamento, veja-se: TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 76.

³²⁹ Amplamente, confira-se: IMMERGUT, Ellen M. Institutions, Veto Points, and Policy Results: a comparative analysis of health care. **Journal of Public Policy**, vol. 10, n. 4, oct.-dec., 1990. p. 391-416.

³³⁰ TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 76.

³³¹ Por essa perspectiva, o federalismo e mecanismos mais rígidos de separação de poderes, como o presidencialismo, fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este atuará como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais Poderes ou entre os Estados-membros e a União (ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Connecticut, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997. [passim]).

seu favor, no *iter* de aprovação da medida. Além disso, mesmo depois de judicializada, a questão política ainda poderá ser moldada pelo Tribunal Constitucional, levantando a questão da atuação estratégica de partidos menores e da oposição na justiça constitucional, transformando-a em verdadeira arena política; uma espécie de continuação do parlamento.³³²

No Brasil, como adverte Matthew Taylor, a arquitetura política e a grande fragmentação dos partidos políticos acabam transformando qualquer decisão deliberativa em algo naturalmente abstruso.³³³ Dentre os fatos que tornam a decisão no campo político-deliberativo tão complexa, tem-se:

(i) a existência de um Congresso Nacional com representação desproporcional, o que dá a entes federativos menores poderes muito grandes e, sistemicamente, torna o parlamento fraco programaticamente;

(ii) o notável esfacelamento do sistema partidário pelo especialmente elevado número de partidos fragmentados, instáveis e regionalizados, sem integridade de pautas internas ou externas;

(iii) a distribuição de ministérios e cargos políticos, cuja utilização vai bem longe ao natural, sendo utilizada como ferramenta para unir coalizões congressionais;

(iv) a presença de uma burocracia estatal patrimonialista³³⁴ que atua em próprio benefício; e

³³² Tratando desse acesso dos grupos minoritários à Justiça Constitucional, inclusive com indicação de que tal movimento se ajustaria a própria lógica do constitucionalismo social, por meio da garantia de um Estado amplo, mas, simultaneamente, respeitoso aos direitos individuais e à democracia, confira-se: SHAPIRO, Martin. The success of judicial review. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (ed.). **Constitutional dialogues in comparative perspective**. New York: St. Martin Press, 1999. p. 193-220; e KAGAN, Robert. American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (ed.). **Making policy, making law: an interbranch perspective**. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004. p. 33.

³³³ Como adverte Matthew Taylor, o sistema político brasileiro ostenta tantas variáveis que as decisões alcançadas são “intrinsecamente escleróticas” (**Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 73).

³³⁴ O patrimonialismo, resumidamente, pode ser compreendido como “resultado da relação viciada que se estabelece entre a sociedade e o Estado, quando o bem público é apropriado privadamente. (...) trata-se do entendimento, equivocado, de que o Estado é bem pessoal, ‘patrimônio’ de quem detém o poder” (SCHWARZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 65).

Como advertem nossos historiadores, o patrimonialismo é uma chaga que afeta a realidade institucional brasileira desde sempre, pois desde “o início dessa breve história de cinco séculos foi logo ficando patente a dificuldade que temos de construir modelos compartilhados de zelo pelo bem comum” (SCHWARZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 64).

(v) a existência de um Senado com amplos poderes para interferir na maioria dos domínios políticos — algo, inclusive, não encontrado em outros sistemas políticos.³³⁵

Além disso, o sistema de *judicial review* acrescenta outro fator de complexidade à decisão política: o aumento dos *veto players*.

Explica-se: dentro da acidentada história constitucional brasileira, alguns grupos tiveram maior poder de influência no estabelecimento das instituições formais pátrias, o que é percebido, também, no texto da Constituição de 1988. Exemplo disso é o acesso privilegiado à Corte dado pela Constituição a determinados *players* como legitimados ativos das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103 da CRFB; art. 2.º da Lei n. 9.868/1999; e art. 2.º, I, da Lei n. 9.882/1999).

Ao facilitar o acesso à justiça constitucional a certos segmentos de atores ou corporações políticas organizadas, o texto constitucional acaba proporcionando a estes *players* uma posição de vantagem no processo de revisão judicial. Com isso, frente à possibilidade de judicialização de questões políticas, estes *players* beneficiados pelo acesso direto à Corte Suprema ganham um poder de barganha qualificado no jogo político.

À evidência, o aumento dos *veto players* pela ampliação do rol de legitimados ativos às ações de controle concentrado de constitucionalidade — sendo uma questão institucional consolidada a partir de um discurso de democratização de acesso à Corte Constitucional brasileira³³⁶ — possui inegável impacto no jogo político.

Se, por um lado, se pode dizer que, em tese e abstratamente, quão maior o número de *players* no processo político, mais democrática seria uma decisão política; por outro, concreta e pragmaticamente, vê-se que, diante de um grande o número de

³³⁵ Essa lista é inspirada pelas observações feitas em: TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 73.

³³⁶ Em rica e interessante defesa da maior abertura da Corte, mercê de uma ampliação do acesso ao Tribunal Constitucional (na terminologia do autor, “latitude de acesso”), a fim de robustecer a sua legitimidade democrática, confira-se: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 511-513.

veto players na arena política os custos de transação³³⁷ para aprovação de políticas públicas se exacerbam, sendo a lógica vetorizada pelo *status quo*.³³⁸

Com a ampliação do acesso à justiça constitucional, os partidos políticos menores e de oposição ganharam uma ferramenta bastante útil na negociação estratégica inerente ao jogo político sequencial: a judicialização da questão. Como a Constituição exige dos partidos políticos tão só a representação no Congresso Nacional para os legitimar ativamente às ações de controle concentrado (inciso VIII do art. 103 da CRFB)³³⁹, mesmo os pequenos partidos, com baixa representatividade congressual, conseguem acesso à justiça constitucional, cujas decisões, não raro, são definitivas e fazem prevalecer o interesse de uma minoria parlamentar.

Assim, a revisão judicial pela Corte Constitucional, tendo em mente a arena política, aumenta significativamente o poder de barganha de atores políticos, principalmente partidos menores e de oposição. Pois estes podem negociar determinadas pautas com as majorias parlamentares oferecendo, como parte da barganha, a contrapartida de não judicializar a questão.

O poder de barganha propiciado pela ampliação da latitude de acesso à justiça constitucional também capacita o STF. Isso porque frente ao potencial de rever judicialmente decisões políticas tomadas por outros Poderes, a Corte pode barganhar determinados pontos em projetos de lei, emendas à Constituição ou, até mesmo, na implementação de determinadas políticas.

Neste contexto jurídico-político, a ampliação do acesso ao STF e o fenômeno da judicialização da política põem à tona uma nova dinâmica na arena política: as ações de controle concentrado de constitucionalidade — e, por conseguinte, a justiça constitucional — são importantíssimos *veto points* no jogo político, sendo aproveitadas

³³⁷ Para uma análise aprofundada deste tema à luz da teoria dos custos de transação políticos, veja-se: EPSTEIN, David; e O'HALLORAN, Sharyn. **Delegating powers**: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 34-51; e HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion?** The institutional foundations of bureaucratic autonomy. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

³³⁸ TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 75-76.

³³⁹ O STF se divide quanto à exigência de pertinência temática. No sentido da não exigência, há: STF. ADI n. 1.407-MC. rel. min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 07.03.1996, *DJ* de 24.11.2000. Verificando a existência de pertinência temática, confira: STF. ADI n. 3.059-MC. rel. min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2004, *DJ* de 20.08.2004. Majoritariamente, tem-se compreendido que não há exigência de pertinência temática à legitimação ativa dos partidos políticos nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (veja-se, por todos: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 120).

pelos *veto players* tanto para derrubar uma política aprovada pelo parlamento, quanto para barganhar mais espaço ou atenção no processo político-deliberativo.

Aqui, há destaque especial para a ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Isso, por algumas razões: a uma, tem-se que ADI possui inegáveis impactos na esfera política em razão de seus efeitos *erga omnes* e de sua eficácia vinculante; a duas, a ADI é, sem sombra de dúvida, a ação de controle concentrado de constitucionalidade mais utilizada na prática, o que, por si só, explicaria a sua relevância no contexto político.

Com efeito, a ADI entrega aos seus legitimados um privilegiado *veto point*, aumentando o poder de barganha de diversos atores que teriam pouca força no processo político-deliberativo se não fosse essa legitimação para suscitar a revisão judicial da decisão política pela ação direta.³⁴⁰ Assim, a justiça constitucional brasileira cria e capacita diversos *veto players*, com diferentes poderes.

À guisa de exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) teria um poder de barganha relativamente baixo no processo legislativo, sobretudo se comparada a outros *players* (*v.g.*, congressistas, presidente da República etc.). No entanto, ao ganhar legitimação para a ADI na Constituição de 1988, a OAB — no cenário político atual — ostenta posição privilegiada, o que lhe confere poder de barganha diferenciado no processo político, na medida em que pode atuar mais influentemente na defesa de seus interesses corporativos.

Não à toa, segundo relata Matthew Taylor³⁴¹, a OAB é a corporação representativa de classe que mais propôs ADIs no STF, somando cerca de 46% das ações diretas propostas por entidades de classe na Corte; e 5% do total de ações diretas propostas por todos os legitimados. Não bastasse isso, a posição privilegiada da OAB neste jogo político evidencia outro dado relevante: segundo pesquisa empírica relatada por Daniel Brinks, quando se trata de ação proposta pela OAB, a probabilidade de sucesso é, estatisticamente, 60% maior do que as ações propostas por outros atores.³⁴² Desse modo, seja pelo *design* constitucional, seja pelo alto índice de sucesso

³⁴⁰ Nesse sentido, confira-se: TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 87.

³⁴¹ **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 86.

³⁴² BRINKS, Daniel M. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153. p. 145.

nas ADIs propostas, o acesso privilegiado da OAB à Corte Constitucional, otimiza o poder de barganha dessa instituição na arena política.

Outro ponto a ser destacado na atuação dos atores políticos perante o STF, especialmente quando estes *players* encaram a justiça constitucional como um *veto point*, diz respeito à dinamicidade de atitudes estratégicas que cada legitimado à ADI pode adotar ao longo do curso do processo. A ilustrar, basta pensar em um partido político que, à época do ajuizamento da ADI, integrava o bloco congressional de oposição ao governo. Porém, em razão de novas eleições, antes mesmo do julgamento da ADI antes proposta, o partido passa a integrar a base política aliada ao governo eleito. Desse modo, este partido pode passar a defender uma posição jurídica contrária à anteriormente defendida.

Com efeito, não raras vezes, ao ajuizar ADI, os partidos políticos não fitam, a rigor, defender uma tese constitucional. Buscam, sim, obter vantagens em uma posição estratégica ou em um interesse circunstancial. Por isso, é comum que, no andar da ADI, os partidos políticos comecem a defender a tese oposta a anteriormente defendida, justamente porque passaram a se beneficiar da situação inicialmente contestada.

Há exemplos desse tipo de ação na justiça constitucional brasileira. Cite-se, por todos, a discussão a respeito da execução da pena privativa de liberdade a partir de decisão de segunda instância. Neste caso, o Partido Ecológico Nacional (PEN) propôs a ADC n. 43 pleiteando a declaração da inconstitucionalidade do art. 637 do Código de Processo Penal (CPP), que possibilitava a prisão após condenação em segunda instância; e a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado. O principal argumento pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena é a alegação de que ela violaria o princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CRFB). Como relator do caso no STF, foi designado o ministro Marco Aurélio Mello, sendo ele, conhecidamente, favorável à tese da inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Contudo, a discussão quanto à (in)constitucionalidade da execução provisória da pena corria em paralelo com as condenações na Operação Lava Jato, a incluir quais afetaram o então ex-presidente Lula Inácio Lula da Silva. Nesse cenário, uma decisão deferindo a medida cautelar na ADC n. 43 beneficiaria Lula, eis que este se encontrava preso por decisão condenatória de segunda instância. Ocorre que o eleitorado do PEN era amplamente favorável à prisão do ex-presidente. Por isso, em

nítida ação estratégica, de viés político, o PEN solicitou a retirada do pedido de medida cautelar na ADC n. 43.³⁴³ O ministro Marco Aurélio Mello, na oportunidade, acolheu o pedido de desistência formulado e retirou de pauta a análise da medida cautelar.³⁴⁴ Tempo depois, no dia 7 de novembro de 2019, no julgamento das ADCs n. 43, n. 44 e n. 54, por maioria apertadíssima, o plenário do STF firmou a tese de que só é possível a execução de pena após o trânsito em julgado, afastando, assim, a possibilidade de execução provisória da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância.³⁴⁵ Em razão deste entendimento do STF, Lula foi colocado em liberdade no dia seguinte, ou seja, no dia 8 de novembro de 2019.

Ainda dentro da temática da atuação estratégica dos legitimados ativos, há de se considerar que os atores políticos se diferenciam quanto aos interesses (ocultos) quando ajuízam uma ADI e quanto a frequência de utilização destas ações. Por exemplo, os partidos políticos são os legitimados que mais propõem ADIs. Porém, são eles também os legitimados com menor índice de sucesso. Em termos comparativos, a OAB é bem mais discreta no ajuizamento de ADIs. Contudo, a Ordem ostenta índice de sucesso muito maior do que o titularizado pelos partidos políticos.³⁴⁶

Talvez isso se deva, pois, no caso dos partidos, a atuação estratégica perante a Corte Constitucional ocorre com diversos desígnios: reverter uma derrota política; marcar posição perante o eleitorado; aumentar o poder de barganha; obter repercussão midiática de sua atuação etc. Essas múltiplas finalidades por detrás do acionamento do STF por partidos políticos podem, de certa forma, transpor à Corte uma atuação eleitoreira ou populista, prejudicando o êxito nas ações.

Por outro lado, a OAB, geralmente, vai ao STF com o principal objetivo de resguardar suas prerrogativas e obter benefícios para a categoria que representa, o que

³⁴³ ESTADÃO CONTEÚDO. **PEN tenta retirar liminar que poderá livrar Lula**. São Paulo: Jornal Estado de São Paulo, 09.04.2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/sn8IAwu>>. Acesso em: 20.06.2021.

³⁴⁴ STF. ADC n. 43-MC. Relator ministro Marco Aurélio Mello. Decisão monocrática. Julgado em 25.04.2018.

³⁴⁵ Para o STF, é proibida a chamada “execução provisória da pena”. Com isso, quer-se dizer que, se não houve ainda trânsito em julgado, não se pode determinar que o réu inicie o cumprimento provisório da pena. Não importa que os recursos pendentes possuam efeito meramente devolutivo (sem efeito suspensivo). Não existe cumprimento provisório da pena no Brasil porque ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado (art. 5º, LVII, da CRFB). O art. 283 do CPP, que exige o trânsito em julgado da condenação para que se inicie o cumprimento da pena, é constitucional, sendo compatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CRFB. (STF. ADC n. 43, n. 44 e n. 54. Relator ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgados em 07.11.2019).

³⁴⁶ TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 89.

acaba sinalizando para o STF uma postura mais institucional, no sentido de uma atuação voltada à garantia das instituições e das prerrogativas de seus próprios associados, em regra, sem uma parente ou oculta vontade eleitoreira ou populista.

De tal modo, pode-se supor, por evidências indiretas e mediatas, que a própria postura estratégica de cada *player*, vale dizer, a maneira como recorrem ao *veto point*, também interfere na análise e no comportamento do STF, como se, por um pré-conceito, a Corte já qualificasse a atuação de um ator como mais eleitoreira e de outro como provavelmente institucional. A qualificação dessas ações, de um ou outro modo, como se nota, interfere no êxito que cada *player* tem junto à justiça constitucional.

Ademais, ingressando um pouco mais profundamente na interação estratégica entre os poderes constituídos, deve ficar claro que os Tribunais também se comportam como *veto players* nos diálogos institucionais. Não só o Executivo e o Legislativo seriam *players* com poder de veto, pois o Judiciário também teria ações de bloqueio ou invalidação de decisões políticas.³⁴⁷

À evidência, ainda que vencidas as etapas políticas no Executivo e no Legislativo, conserva-se viva a possibilidade de um veto judicial após a política pública, a lei ou a emenda à Constituição já se encontrarem vigentes e eficazes, bastando o ajuizamento da competente ação constitucional. Em termos simples, admitida a revisão judicial de questões políticas, o STF também se consagra como um *veto player*.

A Corte Constitucional brasileira, assim, é um *player* posto ao lado dos demais atores políticos. Justamente por isso, o STF pode ser visto pela classe política como um *aliado estratégico a ser cooptado* ou como um *obstáculo a ser derrubado*. As variáveis de um ou outro vislumbre dependem do comportamento da Corte e de seus integrantes. Fica claro, portanto, que o gerenciamento desses desafios pelo STF não se atém ao mero exercício da interpretação jurídico-constitucional, vai além: exige uma notável “destreza política”.³⁴⁸

Contudo, a teoria dos *veto players*, quando aplicada ao Judiciário, deve ser temperada. Pois os cálculos estratégicos que os Poderes Executivo e Legislativo fazem sobre como uma política pública, lei ou emenda à Constituição serão recebidos

³⁴⁷ BROUARD, Sylvain; HÖNNIGE, Christoph. Constitutional courts as veto players: Lessons from the United States, France and Germany. **European Journal of Political Research**, v. 56, n. 3, p. 529-552, August 2017.

³⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. Fighting for Their Place: Constitutional Courts as Political Actors. A Reply to Heinz Klug. **Constitutional Court Review**, v. 3, p. 33-44, 2010. p. 33.

pelo Poder Judiciário são bem mais complexos do que a teoria *standard* dos *veto players* consegue aclarar. Isso, por algumas razões.

Em primeiro lugar, pois, no Brasil, o esquema de estratégias dos *veto players* se torna algo extremamente complexo, especialmente ao se considerar que as políticas de governo podem ser questionadas não somente no STF, mas também em todo o Judiciário, estadual ou federal, desde a primeira instância. A possibilidade ampla de contestação judicial de políticas públicas, de certa forma, moldou as reformas políticas implementadas por variados governos brasileiros, principalmente durante a década de 1990.³⁴⁹

Um segundo ponto a ser realçado se relaciona ao fato de que, mesmo se avaliada apenas a revisão judicial exercida no âmbito do STF, deve-se ponderar que, além das clássicas decisões de rechaço proferidas no sentido da declaração da inconstitucionalidade de atos normativos, a Corte também profere decisões interpretativas³⁵⁰ — a exemplo das que conferem interpretação conforme a Constituição, das que declaram a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou das que entabulam comandos manipulativos de natureza aditiva ou substitutiva à decisão —, adicionando complexidade à medida estratégica das ações dos *players* perante o STF.

Por isso, no balancete estratégico dos Poderes eleitos, quando estes medem a possibilidade de sucesso de implementação e efetivação de determinada política, devem eles considerar a atuação do STF como *veto player*. Mas não só. Pois o papel desempenhado pela Corte brasileira não é só de um *player* de veto (possibilidade de vetar ou não determinada política), mas, ainda, de um *player* de conformação. Nesta última hipótese, o STF teria a capacidade auto-outorgada de conformar determinada

³⁴⁹ TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 157.

³⁵⁰ Riccardo Guastini propõe que as decisões interpretativas podem se dividir em: (i) decisões interpretativas em sentido estrito, tais como as de interpretação conforme a Constituição (quando a Corte, ante a variedade de opções interpretativas, declara a constitucionalidade de dado ato normativo, contanto que interpretado de determinada maneira) e as de declaração parcial de nulidade sem redução de texto (ocasião em que o Tribunal elimina uma das hipóteses de incidência da norma, em razão de sua inconstitucionalidade); (ii) decisões manipulativas, nas quais a Corte não se limita a declarar a inconstitucionalidade de um ou outro sentido do texto normativo, modificando o sentido normativo do ato a fim de harmonizá-lo com a Constituição. Dentro das decisões manipulativas, há as (ii.a) aditivas, que ocorrem quando o Tribunal Constitucional adiciona um sentido adequado constitucionalmente, porém não compreendido no texto normativo; e as (ii.b) substitutivas, ocasião em que a Corte opera uma substituição da determinação contida no texto da norma pela decisão normativa da Corte, a partir de uma rima obrigatória (*rime obbligate*) decorrente do texto da Constituição (GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neonconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 49-73).

política, bem como de criar, em certas situações, as políticas ou as regulamentações a serem efetivadas.

Além de tudo isso, como terceiro elemento a ser considerado, há de se ter em mente que o STF não atua como um agente coeso. Historicamente, a Corte sofre com divisões internas, em que cada um de seus membros possui ideologias e *backgrounds* próprios³⁵¹, com ligações a distintos atores políticos e grupos socioeconômicos.³⁵² Tal heterogeneidade talvez — e só talvez — forneça elementos para justificar a falta de coesão nas atitudes dos ministros do Tribunal Constitucional brasileiro.

Aliás, esta denunciada falta de coesão interna do STF se agrava pelos amplos poderes entregues aos ministros individualmente considerados. A esse respeito, Diego Werneck Arguelhes e Leandro Ribeiro³⁵³ denominam o crescimento do exercício monocrático da jurisdição do STF de “ministrocracia”, a sinalizar uma versão radical da “supremocracia”, consistente no fato de que grande parcela do poder entregue pelo constituinte ao STF foi individualmente assumida por seus membros.

Os ministros do STF, nesse contexto, acabam arvorando-se, eles próprios, em Suprema Corte, por meio de decisões monocráticas representativas do pensar de cada ministro, e não da posição assumida pelo Supremo, enquanto instituição colegiada. O STF, dessa maneira, ao invés de ser visto pelo todo, vê-se em onze — muitas vezes estanques — ilhas de pensamento não harmônico. Destarte, exponencia-se a falta de coesão e linearidade do STF.

Esse destacado *background* permite também considerar que *nem sempre* os ministros do STF agem estrategicamente, nos termos do jogo político; ou que são (ou não) solipsistas. Muitas vezes, as divergências que denotam a falta de coesão se dão por causas mais simples, com base na cultura pessoal e no estilo de cada ministro, o

³⁵¹ Isso, a rigor, não é algo deletério por si só. Como alerta Jorge Miranda, citado por André Ramos Tavares, na interpretação da Constituição, os juízes constitucionais – conscientemente ou não – manifestam as suas predileções filosóficas, políticas e teóricas. Porém, é justamente esse pluralismo, aliado à diversidade de origens, de carreiras, de vivências pessoais, que concede maior legitimidade do tribunal (TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 511).

³⁵² TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 154.

³⁵³ Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

que fica evidenciado em julgamentos importantes, nos quais se vê que, mesmo nos votos convergentes, os ministros se comportam de maneiras muito distintas.³⁵⁴

O afirmado acima, entretanto, não apaga a circunstância de que, em alguns casos, os ministros do STF atuam, sim, como *players* dentro do órgão colegiado, em relação aos demais ministros³⁵⁵, mas também externamente. Ademais, os ministros do Supremo, dado seu privilegiado acesso ao *veto point*, podem ser poderosos *veto players* nas políticas, sobretudo diante dos diversos poderes individuais que possuem.

Nesse cenário, a atuação do STF como *player* da arena política gera dúvidas quanto ao seu impacto na democracia. Essas ambiguidades podem ser sintetizadas em alguns irrefreáveis movimentos que a Corte tem feito, a exemplo: (i) da atuação do STF como instância política e deliberativa; (ii) da intervenção de um órgão não eleito em questões de política; (iii) do impacto do *design* institucional e da atuação do STF na formatação e na revisão de políticas; (iv) da existência de uma atuação desigual, se considerados os atores e os interesses envolvidos; e (v) da possibilidade de conflitos com os demais poderes constituídos.³⁵⁶

Ademais, é expressiva a desigualdade de posição e de tratamento no STF, pois enquanto alguns atores obtêm mais facilmente respostas junto ao Supremo — desde a admissibilidade até o pronunciamento do mérito —, diversos outros atores precisam enfrentar árduo processo judicial, que pode nascer na primeira instância e percorrer uma sinuosa estrada repleta de desafios para chegar à Corte Suprema.³⁵⁷

A perpetuação autopoiética de certas elites e atores políticos qualificados no poder, de alguma forma oxigenada pela dificuldade de representação democrática, de

³⁵⁴ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. **California Law Review**, Berkeley, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993. p. 52-53.

³⁵⁵ Exemplo interessante de atuação de ministros como *players* em relação aos seus pares é narrado por Patrícia Perrone Campos Mello: trata-se de um julgamento em que a maioria do colegiado já havia firmado voto em certo sentido, e se autorizou que um ministro deixasse de expressar o seu voto minoritário, no afã de evitar eventuais desgastes com os seus pares, acumulando capital político para outros julgamentos (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 176).

Sobre a questão, entretanto, há de se considerar que, eticamente, existe uma linha tênue que não pode ser cruzada pela Corte em ações deste tipo (KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. **California Law Review**, Berkeley, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993. p. 53)

³⁵⁶ TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 158.

³⁵⁷ TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy**: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil. Redwood City: Stanford University Press, 2014. p. 160-161.

efetiva participação e de influência no processo judicial, é uma inquietação que merece fazer parte dos debates relacionados à justiça constitucional como ferramenta para o fortalecimento da democracia e do constitucionalismo.

O que se constata quando da avaliação do STF enquanto *player* na arena política é que a ação da Corte deveria se dar para corrigir disfuncionalidades democráticas e robustecer as bases da democracia e da atuação político-deliberativa brasileira. Entretanto, ao se empreender essa análise, algumas questões ficam sem respostas definitivas. Isso porque não fica claro se o STF, em sua ação na arena política, está conseguindo aprimorar o ambiente político; ou, pelo contrário, se não estaria sendo apenas mais um *player* da velha política.

Além disso, a falta de isonomia no tratamento de questões similares, o que muitas vezes encontra justificativa apenas na envergadura do ator ou do interesse político envolvido, pode fornecer indícios de que o constitucionalismo estaria sendo utilizado abusivamente pelo STF, no objetivo tão só de justificar posições estratégicas dentro do jogo político.

Enfim, a esta altura do trabalho, cabe investigar como a atuação do STF enquanto *veto player* afeta o constitucionalismo e a democracia no Brasil. Assim, é curial ter em mente dois prismas de análise: pelo primeiro, deve-se considerar que, como *player*, o STF promoveu amplo debate na arena judicial sobre questões políticas; pelo segundo, a atuação do STF tem sido muitas vezes desigual, dando impressão que o fator de discriminação se aloca nos interesses e atores políticos envolvidos em cada uma das demandas submetidas à Corte — algo que, de certa forma, significaria substituição da arena judicial pela arena política no enfrentamento de questões políticas pelo STF.

4.3 O uso deslocado da subsunção pelo STF

O uso seletivo da subsunção pelo STF ocorre quando a interpretação dada pela Corte sobre idêntica questão jurídica se altera, sem *discrimen* razoável, conforme as partes ou os interesses postos nos autos. É, pois, a falta de isonomia com casos que carregam profunda semelhança e relativa proximidade temporal, rompendo a coerência em episódios centrais que “engendram, sobretudo, forte impacto político e acarretam,

naturalmente, sério desconforto em relação às expectativas de segurança jurídica e, mais ainda, possível configuração de uso político da Corte”.³⁵⁸

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano³⁵⁹ qualifica o uso deslocado da subsunção como uma “decisão jurisdicional de exceção” que “não se declara como tal”. A decisão, nestes moldes, traz a aparência de conformidade com a ordem posta, mas a sua correta interpretação é capaz de desvendar a exceção. Em última escala, “o poder político da toga supera faticamente a força da lei”.³⁶⁰

Mas é preciso ficar atento, pois como adverte o professor Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, “a decisão jurisdicional de exceção não se declara como tal”³⁶¹, sendo, sim, resultado de um processo extrajurídico caracterizado

[...] pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito; por uma provisoriedade inerente, pois não trata de extinguir o direito, mas de suspendê-lo em situações específicas; por seu fim eminentemente político-soberano, em que o poder se apresenta de forma bruta e, por consequência, por sua não autolimitação e pela ausência de coerência ou racionalidade. Nesse último aspecto, a decisão judicial de real exceção não produz “jurisprudência” para situações juridicamente semelhantes. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito ou produzindo nova exceção.³⁶²

É mister se atentar à gravidade da utilização seletiva da subsunção, notadamente diante de crises políticas já instaladas no campo político-institucional. E mais: neste cenário, não é a sincronicidade, anteriormente abordada, que possibilitará a visualização do abuso constitucional. Pois, enquanto na sincronicidade se observa o jogo entre os poderes, como uma relação de causalidade implícita de uma relação externa entre os atores; na prática seletiva da subsunção o jogo estratégico é manobrado pelo mesmo Poder, com vistas a um efeito relacional com outro Poder.³⁶³

Normativamente, o uso seletivo da subsunção ostenta alguma semelhança com a ideia de *hermenêutica das escolhas*, porquanto o julgador escolherá uma dentre as

³⁵⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 183.

³⁵⁹ **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição de exceção. São Paulo: Ed. Alameda, 2016. p. 153.

³⁶⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição de exceção. São Paulo: Ed. Alameda, 2016. p. 148.

³⁶¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição de exceção. São Paulo: Ed. Alameda, 2016. p. 153.

³⁶² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição de exceção. São Paulo: Ed. Alameda, 2016. p. 149.

³⁶³ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 183.

normas jurídicas possíveis de serem aplicadas.³⁶⁴ Contudo, no uso seletivo da subsunção, a escolha normativa é operada desvirtuadamente, isto é, ela não é vetorizada pela melhor interpretação, senão conforme o interesse ou a pessoa envolvida.

Assim, no uso seletivo da subsunção, as normas constitucionais, a jurisprudência do STF e a doutrina, de certa maneira, cedem ou distorcem-se por uma retórica formal, na sanha de atender às pressões do governo ou de elites políticas. Nessa medida, a “interpretação” constitucional é efetivada tão só para dar uma fardagem constitucional à decisão baseada em elementos inerentemente não jurídicos.

Ademais, no Brasil, a questão do uso seletivo da subsunção se agrava pelo grandíssimo número de decisões monocráticas prolatadas pelo STF.³⁶⁵ Pois a imensa concentração de poder nas mãos de cada ministro da Corte — muitas vezes atuando como “ilhas”³⁶⁶ de poder isolado e não intercambiante — abre espaços ainda maiores para a tredestinação das finalidades do constitucionalismo, agravando o problema da falta de coesão interna da Corte e prejudicando a sua função paradigmática.

Exemplo claro do uso seletivo da subsunção pela Corte Constitucional se refere à personalização dos litígios pelo STF. O tratamento isonômico dos cidadãos em geral é axioma do Estado Democrático de Direito. Por isso, o Direito, abstratamente posto, garante a todos um tratamento igualitário (em sentido substancial), razão pela qual os privilégios com exclusiva sede na condição econômica ou no cargo ocupado pela pessoa *sub judice* são odiosos.

Entretanto, o direito é um fenômeno cultural e desta forma merece ser analisado, inclusive para ser possível a remodelagem crítica de seus termos. Enxergar só a norma, sem incluir os elementos sociais, políticos, históricos ou econômicos, significa priorizar uma visão caolha do Direito.³⁶⁷ Logo, adotando uma análise

³⁶⁴ A respeito da hermenêutica das escolhas, veja-se: GICO JÚNIOR, Ivo. *Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário*. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, a. 15, n. 2, p. 55-84, mai./ago. 2018. p. 33.

³⁶⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; e RIBEIRO, Leandro. *ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018).

³⁶⁶ Sobre esse estancamento funcional da jurisdição exercida por cada ministro do STF, vale conferir: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

³⁶⁷ Sobre o entrelaçamento dos sistemas culturais e jurídicos, confira-se: FALZEA, Angelo. **Introduzione alle scienze giuridiche**, parte prima (Il concetto del diritto). 5. ed. Milano: Giuffrè, 1975. p. 218-219 e Sistema culturale e sistema giuridico. **Rivista di diritto civile**, CEDAM, Padova, p. 1-17, 1988; CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 120; MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional**, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

contextualista³⁶⁸, é inolvidável que, na concretude dos fatos, inúmeros atores políticos logram vantagens na justiça constitucional, em virtude de seu poder de influência, do jogo estratégico a eles aberto por sua posição institucional ou da possibilidade de obter apoio de sua instituição para promover um jogo duro constitucional (*constitutional hardball*).³⁶⁹

Dentro desse cenário, a questão que se tem colocado é a de que, mesmo presentes os mesmos elementos fático-jurídicos, as decisões do Supremo têm sido díspares a depender da parte e do interesse envolvido no processo. Eis a questão: o que o STF tem decidido para X' pode não ser repetido para X", ainda que ambas as situações de fundo sejam essencialmente similares. O fator de diferenciação, longe do jurídico, passa pela conjuntura política, pelas pressões populares, pelo ministro relator do caso e por variáveis que envolvem um complexo jogo estratégico.

Em razão dessa prática, o STF tem recebido críticas ligadas ao fato de que tem ele atuado casuisticamente, abdicando de sua função paradigmática³⁷⁰ na formulação de precedentes, acarretando uma indesejável oscilação de sua jurisprudência a depender dos interesses ou dos políticos envolvidos.

Doravante este trabalho buscará demonstrar, justamente, que, em inúmeras ocasiões, o exercício da justiça constitucional pelo STF tem se dado por meio de (não)argumentações que se prestam unicamente a conceder aparência de

³⁶⁸ Dentro dessa postura contextualista, compreende-se que as questões de ordem prática nortearão a aplicação do Direito, em uma perspectiva tópica. Fala-se em uma força normativa dos fatos. Com efeito: os conceitos devem ser confrontados perante o contexto, a fim de que se verifique o seu valor pragmático. Devem submeter-se à experiência. Inexiste, nesta guisa, verdade fora da realidade. Nesse sentido, vale ver: POGREBINSCHI, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2.240-7/BA). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, jan./2008; DEWEY, John. Context and thought. In: **John Dewey – Later works: 1925-1953**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008. p. 4; MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014; HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 10, 1899. p. 208.

³⁶⁹ Mark Tushnet chama de *constitutional hardball*, ou jogo duro constitucional, a forma de comportamento comum a instituições em momentos de transformação ou crise constitucional em que sobressai uma postura de tudo ou nada. No *constitutional hardball* a estratégia é utilizar as competências constitucionais com o objetivo de causar o maior dano ao adversário para tomar a sua posição, ou, defensivamente, impedir ou reduzir a capacidade do inimigo desafiar quem está no poder (TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **John Marshall Law Review**, Washington, v. 37, n. 2, p. 523-53, 2004).

³⁷⁰ A função paradigmática das Cortes de Cúpula, como esclarecem Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, trabalha com a lógica persuasiva e vinculativa dos precedentes (**Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 330).

legitimidade a suas decisões. O que essa aparência de legitimidade esconde, nestes casos, são decisões substancialmente políticas. E a politização do exercício da justiça constitucional, aí, vai além do inevitável diálogo entre direito e política³⁷¹, transbordando a um abuso do Direito Constitucional, eis que este passa a ser tão só a justificação formal para uma decisão de bases substancialmente não jurídicas.

4.4 O constitucionalismo abusivo na prática da justiça constitucional brasileira

Nos tópicos seguintes, a análise se voltará para algumas situações-exemplo em que o STF personalizou o enfrentamento do litígio e/ou menosprezou a sua função paradigmática. Quer-se, ao fim, que por intermédio da análise das situações trazidas se identifique as variáveis capitais que permitiram distintas respostas para casos juridicamente similares.

4.4.1 “Pau que dá em Chico dá em Francisco”? Os casos ligados às prerrogativas parlamentares

Ao menos em tese, o tratamento a ser dado pela justiça constitucional às prerrogativas parlamentares deve ser o mesmo. Entretanto, a jurisprudência do STF tem desmentido essa afirmação com alguma frequência. Assim, neste tópico, a investigação recairá sobre as razões pelas quais o tratamento dado pelo STF aos então senadores Delcídio do Amaral, Renan Calheiros, Aécio Neves e ao então Deputado Federal Eduardo Cunha, foi desigual, apesar da similaridade das situações jurídicas que subjaziam os seus casos.

4.4.1.1 O caso do ex-senador Delcídio do Amaral

O primeiro caso a ser analisado, dentro da linha histórica de decisões do STF, é o do ex-senador Delcídio do Amaral (PT-MS). Em 25 de novembro de 2015, o então

³⁷¹ Para uma ampla e racional abordagem do tema, rechaçando a ideia do Tribunal Constitucional como um órgão político, mas aceitando que ele pode tocar em questões políticas, mas sob o ângulo autorizado pelo direito e pela Constituição, veja-se: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297-319.

ministro Teori Zavascki, na condição de relator dos processos da Operação Lava Jato, decretou a prisão preventiva do ex-senador, que respondia acusações de obstruir as investigações da Operação. A manutenção da prisão preventiva seria analisada pelo Senado Federal ainda no dia 25 de novembro de 2015, seguindo o rito do § 2.º do art. 53 da CRFB.

A acusação que recaía sobre o ex-senador era de que ele teria prometido uma espécie de “mesada”, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ao ex-diretor da Petrobras, Nestor Cerveró, a fim de que este último não delatasse os políticos envolvidos no esquema de corrupção.³⁷² O elemento de prova mais importante à acusação era uma conversa na qual o ex-senador oferecia o valor ao ex-diretor em troca de seu silêncio. A conversa foi gravada pelo filho do ex-diretor e entregue à Polícia Federal. Posteriormente, o áudio foi disponibilizado para a imprensa e divulgado pelos diversos meios de comunicação.³⁷³

Entretanto, nessa gravação, há um elemento ainda mais relevante à pesquisa ora desenvolvida e pode ter sido determinante à decisão do STF: o ex-senador, na conversa registrada, buscava, a todo instante, transparecer ter grande influência no STF, chegando a indicar uma ascensão sobre três ministros da Corte.³⁷⁴

Desse cenário, revela-se que a decisão do STF, mais do que jurídica, sinalizou também uma resposta político-institucional, pois, caso não fosse decretada a prisão preventiva do ex-senador, a própria credibilidade do STF ficaria maculada. A resposta, então, foi incisiva. O Supremo, por intermédio do ministro Teoria Zavascki, ao analisar as AC n. 4036 e AC n. 4039³⁷⁵, estabeleceu algumas importantes premissas quanto às prisões parlamentares:

(i) como regra, os membros do Congresso Nacional não podem ser presos antes da condenação definitiva, mas, excepcionalmente, poderão ser presos caso estejam em flagrante delito de um crime inafiançável (art. 53, § 2º, da CRFB);

(ii) no caso concreto, Delcídio do Amaral e as demais pessoas envolvidas teriam praticado, no mínimo, dois crimes: a) integrar organização criminosa (art. 2º,

³⁷² FOLHA DE SÃO PAULO. **Entenda a prisão do senador Delcídio do Amaral em 11 perguntas e respostas**. 26.11.2015. Disponível em: <<https://cutt.ly/kn1UJzA>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁷³ TELES, Giovana. **Áudio revela como Delcídio tentou impedir a investigação da Lava Jato**. Brasília: G1, 25.11.2015. Disponível em: <<https://cutt.ly/gn1U6Jc>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁷⁴ LEITÃO, Matheus. **ÁUDIO: ouça a gravação que embasou a prisão do senador Delcídio do Amaral**. Brasília: G1, 25.11.2015. Disponível em: <<https://cutt.ly/Mn1InjJ>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁷⁵ STF. 2ª Turma. AC 4036 e 4039 Referendo-MC/DF, rel. min. Teori Zavascki, j. em 25-11-2015.

caput, da Lei n. 12.850/2013); b) embarçar investigação envolvendo organização criminosa (art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013);

(iii) as condutas do ex-senador configurariam crime permanente, de modo que até o instante antecedente à sua prisão haveria estado de flagrância;

(iv) os crimes do art. 2º, *caput* e do § 1º, da Lei n. 12.850/2013, imputados ao ex-senador, não são, a princípio, inafiançáveis considerando que não se encontram listados no art. 323 do CPP. Todavia, argumentou-se que a situação concretamente não admitiria fiança, com base no art. 324, IV, do CPP (*in litteris*: “[n]ão será, igualmente, concedida fiança: [...] IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”), pois, no caso, a prisão preventiva poderia ser autorizada com apoio nas alegadas tentativas de o ex-senador calar o depoimento de colaborador, influenciar os julgadores e planejar sua fuga (art. 312 do CPP);

(v) o STF ponderou que a gravação ambiental de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação; e

(vi) em cumprimento ao disposto no art. 53, § 2º, da CRFB, que determina que nos casos de prisão de parlamentar os autos deverão ser remetidos dentro de 24 (vinte e quatro) horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão, o STF remeteu os autos ao Senado Federal que, por 59 votos contra 13, decidiu manter a prisão do ex-senador.

O caso do ex-senador Delcídio do Amaral é paradigmático também nos termos da acidentada história do constitucionalismo brasileiro, porque, desde a redemocratização do País, era a primeira vez que um senador federal era preso durante o exercício de seu mandato.³⁷⁶

³⁷⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. **Entenda a prisão do senador Delcídio do Amaral em 11 perguntas e respostas**. 26.11.2015. Disponível em: < <https://cutt.ly/kn1UJzA>>. Acesso em: 19.05.2021.

4.4.1.2 O caso do ex-deputado Eduardo Cunha

Ainda dentro do cerco de investigações da Operação Lava Jato, o então presidente da Câmara dos Deputados, o ex-deputado federal Eduardo Cunha, também era alvo de investigações por corrupção.

Nesse panorama, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Cautelar n. 4.070³⁷⁷, em 16 de dezembro de 2015, requerendo inúmeras medidas cautelares, dentre elas a suspensão do mandato do parlamentar e o seu afastamento da Presidência da Câmara.

Após aproximadamente seis meses, o plenário do STF decidiu, por unanimidade, a cautelar e impôs a suspensão do mandato do ex-deputado Eduardo Cunha, bem como determinou o seu afastamento da Presidência da Câmara dos Deputados. Para tanto, a Corte fundamentou o seu entendimento no fato de existirem diversas ações penais em curso contra o requerido, além de robustas alegações de que ele estaria obstruindo as investigações.³⁷⁸

Na decisão da Ação Cautelar n. 4.070, o STF, por meio da decisão do ministro Teori Zavascki, entendeu que, especificamente em relação ao cargo de presidente da Câmara, “concorre para a suspensão a circunstância de figurar o requerido como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao exercício da Presidência da República”.³⁷⁹

Outro ponto importante, no caso do ex-deputado Eduardo Cunha, é observar que o STF aplicou a medida cautelar do art. 319, IV, do CPP, afastando o ex-deputado de seu cargo e da função de presidente da Câmara dos Deputados sem dar à Câmara dos Deputados a possibilidade de reverter essa decisão, ou seja, impôs a medida cautelar e o Parlamento não pôde se manifestar sobre isso na forma do art. 53, § 2º, da CRFB.

Portanto, no bojo da Ação Cautelar n. 4.070, o STF firmou o emblemático entendimento de que os §§ 2º e 3º do art. 55 da CRFB concedem às Casas do Congresso Nacional a competência para decidir a respeito da *perda* do mandato político, contudo,

³⁷⁷ STF. AC n. 4.070. Referendo. rel. min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20.10.2016, public 21.10.2016.

³⁷⁸ STF. AC n. 4.070. Referendo. rel. min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20.10.2016, public 21.10.2016.

³⁷⁹ STF. AC n. 4.070. Referendo. Relator ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20.10.2016, public 21.10.2016.

mas isso não significa que o Poder Judiciário não possa *suspender* o exercício do mandato parlamentar. A legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra Deputados e senadores encontraria abrigo no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CRFB) e no fato de que as imunidades parlamentares não são absolutas.³⁸⁰

4.4.1.3 O caso do senador Renan Calheiros

Para compreender o caso do senador Renan Calheiros é preciso analisar a ADPF n. 402. Nesta ação, o partido político Rede, na condição de legitimado ativo, advogou, junto ao STF, a interpretação constitucional de que o inciso I do § 1º do art. 86 da CRFB não autorizaria que réus em processos criminais ocupassem cargos que estivessem na linha sucessória da Presidência da República.

Em 5 de dezembro de 2016, o ministro Marco Aurélio, na condição de relator da ADPF n. 402, deferiu monocraticamente medida cautelar na referida ação, no objetivo de afastar o senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. Isso porque, como o senador se tornou réu em ação penal, ele não poderia ocupar um cargo que o deixasse na linha sucessória da Presidência da República — caso da Presidência do Senado.³⁸¹

Após essa decisão, o jogo político se acirrou. Logo no dia 6 de dezembro de 2016, ou seja, um dia após a decisão do ministro Marco Aurélio, a Mesa Diretora do Senado decidiu que se recusaria a assinar o mandado de intimação do Oficial de Justiça. Em outros termos: a Mesa sinalizou que não cumpriria a decisão. Optou por aguardar a posição do plenário do STF.³⁸²

O ato da mesa diretora do Senado representou, à evidência, uma afronta à autoridade do STF. Imediatamente, a Corte reagiu. A então presidenta do STF, ministra Cármen Lúcia, externou que daria prioridade ao julgamento da medida cautelar

³⁸⁰ STF. AC n. 4.070. Referendo. Relator ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20.10.2016, public 21.10.2016.

³⁸¹ STF. ADPF n. 402-MC. Relator ministro Marco Aurélio. Decisão monocrática. Julgado em 05.12.2016.

³⁸² GARCIA, Gustavo; RAMALHO, Renan. **Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF**. Brasília: G1, 06.12.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/9n1AYWP>>. Acesso em: 19.06.2021.

pelo plenário, assim que a matéria fosse liberada para pauta pelo relator.³⁸³ Além dessa declaração, segundo noticiado, a ministra também se reuniu com o então vice-presidente do Senado e teria conversado com ao menos seis ministros do STF sobre o assunto.³⁸⁴

O ato seguinte deste jogo político sequencial se deu no dia 7 de dezembro de 2016, isto é, dois dias após o deferimento da medida cautelar pelo ministro Marco Aurélio. Na oportunidade, o STF se reuniu em sessão plenária e decidiu referendar parcialmente a medida cautelar. A Corte assentou que a correta interpretação a ser dada ao caso é a de que os substitutos eventuais do presidente da República, caso sejam réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de presidente da República. Assim, negou referendo à decisão do ministro Marco Aurélio no ponto em que ela ampliava a hipótese de afastamento imediato desses substitutos eventuais do presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas. Como consequência, o plenário da Corte, não referendou a medida cautelar na parte em que ordenava o afastamento do senador Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado Federal.³⁸⁵

As notas de estranheza dessa decisão do STF ficam mais nítidas quando comparada à outra: a decisão na Ação Cautelar n. 4.070, em que figurava como requerido o ex-deputado Eduardo Cunha. Isso porque, como já visto, poucos meses antes, no bojo da Ação Cautelar n. 4.070, o mesmo Supremo havia compreendido que, especificamente em relação ao cargo de presidente da Câmara, “concorre para a suspensão a circunstância de figurar o requerido como réu em ação penal por crime comum, com denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, o que constitui causa inibitória ao exercício da Presidência da República”.³⁸⁶

Apesar deste tratamento notoriamente desigual a parlamentares com situações similares, a ministra Cármen Lúcia decidiu pôr panos quentes sobre a situação,

³⁸³ ESTADÃO CONTEÚDO. **Cármen Lúcia diz que dará urgência à análise da liminar que afastou Renan**. São Paulo: Época Negócios, 06.12.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/5n1Ddhe>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁸⁴ RAMALHO, Renan. **Cármen Lúcia ouve ministros e marca para esta quarta decisão sobre Renan**. Brasília: G1, 06.12.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/wn1DDU7>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁸⁵ STF. ADPF n. 402-MC. Referendo. Relator ministro Marco Aurélio. Dje-140, divulg. 26.06.2017, public. 27.06.2017.

³⁸⁶ STF. AC n. 4.070. Referendo. Relator ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg. 20.10.2016, public. 21.10.2016.

sustentando que a decisão plenária na ADPF n. 402 se deu “em benefício do Brasil e da Constituição” da qual o STF é o guardião. Disse, ademais, que no momento então vivido seria necessária uma especialíssima “prudência” do Direito e dos magistrados. Em arremate, frisou: “[e]stamos tentando reiteradamente atuar no máximo de respeito e observância dos pilares da República e da democracia”.³⁸⁷

4.4.1.4 O caso do ex-senador Aécio Neves

O último caso paradigmático em relação ao tratamento das prerrogativas parlamentares pelo STF é o do ex-senador Aécio Neves (PSDB-MG). A história se inicia quando a Procuradoria-Geral da República teve acesso a uma conversa gravada entre o ex-senador Aécio Neves e um grande empresário, no qual o primeiro solicitava propina do segundo.³⁸⁸ Com base nesta conversa, a Procuradoria-Geral da República, no dia 18 de maio de 2017, requereu a prisão do ex-senador. A prisão foi inicialmente negada pelo STF.³⁸⁹

Contudo, não tardou para a questão retornar ao Supremo. Em 26 de setembro de 2017, no bojo da Ação Cautelar n. 4.327, a Primeira Turma do STF decidiu aplicar as medidas cautelares de “suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública”; “proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela”; “proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes”; e “recolhimento domiciliar no período noturno” ao então senador Aécio Neves.³⁹⁰

À época dessa decisão, vigorava na Corte o entendimento fixado no julgamento da Ação Cautelar n. 4.070, qual seja: é possível o afastamento de parlamentar federal com base em decisão judicial, forte no inciso VI do art. 319 do CPP, desde que comprovado que a manutenção do exercício do mandato representaria risco para as investigações penais instauradas. Àquele tempo, a Corte frisou que os §§ 2º e 3º do art. 55

³⁸⁷ SOUZA, Josias de. **No caso Renan, Cármen Lúcia foi mais “articuladora política” que magistrada.** São Paulo: UOL Notícias, 8-12-2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/ln1Kunw>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁸⁸ G1 POLÍTICA. **Relembre: Aécio pediu dinheiro a Joesley, e primo do senador foi gravado pegando maços de dinheiro.** São Paulo: G1, 28.09.2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/Tn1Lilm>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁸⁹ RAMALHO, Renan. **Fachin negou pedido de prisão e não levará caso de Aécio ao plenário.** Brasília: G1, 18.05.2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/fn1LWbK>>. Acesso em: 19.05.2021.

³⁹⁰ STF. AgRg na AC n. 4.327. Relator ministro Marco Aurélio, relator p/ acórdão ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26.09.2017. DJe-247, divulg. 26.10.2017, public. 27.10.2017.

da CRFB outorgam às Casas Legislativas do Congresso Nacional a competência para decidir a respeito da *perda* do mandato político, contudo, isso não significa que o Poder Judiciário não possa *suspender* o exercício do mandato parlamentar. A legitimidade do deferimento das medidas cautelares de persecução criminal contra Deputados e senadores encontraria abrigo no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CRFB) e no fato de que as imunidades parlamentares não são absolutas.³⁹¹

Engana-se, porém, quem supõe que a questão se pacificou sem maiores reviravoltas e com respeito da recente linha de precedentes do STF. Não foi isso que ocorreu. No dia 11 de outubro de 2017, o STF julgou a ADI n. 5.526 e superou (*overruling*) o entendimento formado na Ação Cautelar n. 4.070. Na verdade, houve um retrocesso na posição do STF. A Corte, na ADI n. 5.526, compreendeu que aplicadas medidas cautelares que impliquem restrição ao mandato parlamentar, os autos do processo devem ser remetidos, dentro de 24 (vinte e quatro) horas (art. 53, § 2.º, da CRFB), à Casa Legislativa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, decida se suspende ou não as medidas judiciais aplicadas ao parlamentar.³⁹²

É preciso, no entanto, contextualizar essa decisão. Se no contexto do julgamento da Ação Cautelar n. 4.070 existia um intenso movimento popular demandando a cassação do mandato do ex-deputado Eduardo Cunha; no julgamento da ADI n. 5.526, o contexto era outro. Quando do julgamento dessa ADI, um vasto número de membros da Câmara dos Deputados e do Senado estava sendo investigado. Aliás, até mesmo o então presidente da República, Michel Temer, era alvo de investigações. Além disso, o Senado Federal, como visto acima, já havia sinalizado ao STF que, caso a Corte mantivesse o entendimento da Ação Cautelar n. 4.070, a Casa Legislativa não respeitaria a decisão do Supremo, deixando, pois, o STF emparedado — o que geraria um notável desgaste institucional, quiçá uma crise.

Tais fatos parecem ter pesado no contexto de julgamento da ADI n. 5.526. Neste panorama, o STF preferiu dar maior relevância à responsabilidade de manter a estabilidade da relação institucional entre os poderes, em detrimento da função

³⁹¹ STF. AC n. 4.070. Referendo. Relator ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg 20.10.2016, public 21.10.2016.

³⁹² STF. ADI n. 5.526. Relator ministro Edson Fachin, Relator p/ acórdão ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 11.10.2017.

paradigmática na conservação da isonomia de tratamento dos casos. Então, em suma, decidiu³⁹³:

(i) o Poder Judiciário possui competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime inafiançável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstâncias de excepcional gravidade;

(ii) entretanto, se a medida cautelar imposta pelo STF impossibilitar, direta ou indiretamente, que o parlamentar exerça o seu mandato, então, neste caso, o Supremo deverá encaminhar a sua decisão, no prazo de 24 horas, à Casa Legislativa respectiva para que esta delibere se a medida cautelar imposta pela Corte deverá ou não ser mantida; e

(iii) por analogia, a regra do §2º do art. 53 da CRFB se aplica também para as medidas cautelares diversas da prisão.

Em desfecho, na sessão marcada para o dia 17 de outubro de 2017, o Senado Federal acabou afastando as medidas cautelares impostas pelo STF ao ex-senador Aécio Neves, o que deu concretude às viradas casuísticas da jurisprudência do Supremo sobre a matéria. Concretizada, também, restou a inobservância da isonomia no tratamento das prerrogativas parlamentares, já que quando analisada mesma prerrogativa parlamentar de Eduardo Cunha, a decisão do STF guiou-se em sentido completamente distinto.

³⁹³ STF. ADI n. 5.526. Relator ministro Edson Fachin, Relator p/ acórdão ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgado em 11.10.2017.

4.4.1.5 Conclusão parcial

Os casos trabalhados nas linhas acima demonstram que, diante das mesmas prerrogativas parlamentares constitucionais, em contextos jurídicos similares, os então parlamentares Delcídio do Amaral, Eduardo Cunha, Renan Calheiros e Aécio Neves não receberam o mesmo tratamento pelo STF. Em tais decisões, é possível dizer que a interpretação constitucional dada pelo Supremo foi diferente a depender do político e do contexto institucional envolvido — inclusive com flutuação dos entendimentos da Corte para cada caso concreto.

Houve, portanto, uma personalização do tratamento dos litígios submetidos ao STF, além de uma observável sincronicidade oculta ligada ao contexto político em que o STF manobrou sua agenda de *veto point* e *veto player* perante relevantes atores políticos (congressistas, mídia, sociedade etc.), a sinalizar que o constitucionalismo — inerente ao exercício da jurisdição pelo Supremo — foi empregado de maneira abusiva, a fim de justificar decisões não em nome do Direito Constitucional, senão do poder e interesse político envolvido.

4.4.2 Um peso, duas medidas: o caso das nomeações a cargos políticos para obtenção de foro por prerrogativa de função

A personalização no tratamento dos litígios pelo STF pode ser observada em outros casos, para além das situações envolvendo prerrogativas parlamentares. Alguns desses casos foram decisivos para os rumos da república no Brasil, impactando, diretamente, o cenário político atualmente vivido no país. Exemplo disso é o tratamento jurisdicional das nomeações a cargos políticos para obtenção de foro por prerrogativa de função.

4.4.2.1 O caso Lula

Talvez o maior exemplo de tratamento desigual envolvendo situações similares dentro da lógica das nomeações para cargos políticos que dão acesso à prerrogativa de foro se iniciou no dia 16 de março de 2016, já que, nesta data, a então presidenta Dilma Rousseff nomeou o à época ex-presidente Lula para o cargo de ministro da Casa Civil.

Essa nomeação, segundo se especulava, objetivava conceder a Lula o foro privilegiado decorrente do cargo de ministro do Estado, o que implicaria remessa ao STF dos processos criminais em que Lula era réu e que tramitavam na 13ª Vara Federal de Curitiba. Também se dizia que a nomeação de Lula seria uma das últimas cartadas da então presidenta Dilma Rousseff, no afã de reunificar a base aliada, garantindo-lhe o mínimo de articulação política no presidencialismo de coalizão brasileiro.³⁹⁴

Todavia, no mesmo dia 16 de março de 2016, o então juiz Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, em razão do foro por prerrogativa que Lula passou a ostentar pela nomeação ao cargo de ministro, interrompeu uma interceptação telefônica antes autorizada e, em decisão (no mínimo) estranha, levantou o sigilo das gravações telefônicas interceptadas entre Lula e a então presidenta Dilma Rousseff.³⁹⁵⁻³⁹⁶

Em virtude disso, revelou-se ao público geral, com grande apelo midiático, um diálogo travado entre Dilma Rousseff e Lula, ocorrido no mesmo agitado dia 16 de março de 2016, mais especificamente às 13h32.³⁹⁷ A conversa foi interpretada por

³⁹⁴ PEREIRA, Thomaz. **Lula ministro e o silêncio do Supremo**. São Paulo: Jota, 22-12-2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/Vn112Uk>>. Acesso em: 20.06.2021.

³⁹⁵ Ainda em 2016, tanto a interceptação, quanto a divulgação de seus termos, foi declarada ilegal pelo STF (Rcl n. 2 23.457. Relator ministro Teori Zavascki. Decisão monocrática. Julgado em 13.06.2016).

³⁹⁶ Bom registrar que a Segunda Turma do STF, no curso do *Habeas Corpus* n. 164.493, declarou a suspeição do então Juiz Sérgio Moro. Na proclamação do resultado, ficou assim consignado: “No mérito, a Turma, por maioria, concedeu a ordem em habeas corpus, determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado no âmbito da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes, redator para acórdão, vencidos os ministros Edson Fachin (Relator) e Nunes Marques” (STF. HC n. 164.493. Relator ministro Edson Fachin, Relator p/ acórdão ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 23.03.2021, DJE n.º 61, divulgado em 30.03.2021).

³⁹⁷ “Conversa de Lula com Dilma

- Dilma: Alô

- Lula: Alô

- Dilma: Lula, deixa eu te falar uma coisa.

- Lula: Fala, querida. Ahn

- Dilma: Seguinte, eu tô mandando o 'Bessias' junto com o papel pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o termo de posse, tá?!

- Lula: Uhum. Tá bom, tá bom.

- Dilma: Só isso, você espera aí que ele tá indo aí.

- Lula: Tá bom, eu tô aqui, fico aguardando.

- Dilma: Tá?!

- Lula: Tá bom.

- Dilma: Tchau.

- Lula: Tchau, querida”. (G1 POLÍTICA. **Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada**. São Paulo: G1, 16.03.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/9n12Y87>>. Acesso em: 20.06.2021).

muitos como uma espécie de salvo-conduto, mercê do envio do termo de posse a Lula, eis que, caso algum mandado de prisão fosse expedido contra o ex-presidente, ele teria em mãos o termo que lhe daria o foro por prerrogativa. Logo a notícia do diálogo tomou conta das arenas midiáticas, políticas e populares, ensejando pronta reação da população, com inúmeros protestos pelas ruas do país.³⁹⁸

Aquecidos pelo clamor popular, o Partido Popular Socialista (PPS) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), já no dia seguinte, isto é, em 17 de março de 2016, impetraram Mandados de Segurança Coletivos (n. 34.070 e n. 34.071) no STF contra o ato de nomeação de Lula para o cargo de ministro da Casa Civil.

Igualmente rápida foi a resposta do STF, que, no dia 18 de março de 2016, por meio da decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes, suspendeu cautelarmente a nomeação de Lula para o cargo, ponderando a existência de desvio de finalidade na nomeação, pois o ato teria sido praticado apenas para permitir que eventual denúncia contra Lula fosse julgada pelo STF.³⁹⁹

Importante registrar que, em razão da exoneração de Lula do cargo de ministro da Casa Civil (DOU de 12.05.2016), a decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes não teve o seu mérito analisado, porque a ação mandamental foi considerada prejudicada. Ou seja: uma das mais importantes decisões dadas nos últimos tempos pelo STF, com impactos jurídicos e políticos decisivos à República brasileira, não foi objeto de cognição exauriente.⁴⁰⁰

Em retoque contextualista final, ressalte-se que a decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes — decisão que, vale dizer, provavelmente não refletia a opinião da maioria dos integrantes da Corte — perenizou-se em um cenário em que a então presidenta da República se encontrava desgastada politicamente, sofrendo com o esfacelamento de sua base aliada e com enorme pressão popular por seu *impeachment*. Dentro desse panorama, pode-se dizer, até mesmo, que a decisão do ministro Gilmar Mendes, de certa forma, contribuiu para o posterior impedimento de Dilma

³⁹⁸ G1 POLÍTICA. **Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada.** São Paulo: G1, 16.03.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/9n12Y87>>. Acesso em: 20.06.2021.

³⁹⁹ STF. MS n. 34.070-MC. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18.03.2016. DJe-054, divulg. 22.03.2016, public 28.03.2016.

⁴⁰⁰ Criticamente, quanto ao ponto, confira-se: PEREIRA, Thomaz. **Lula ministro e o silêncio do Supremo.** São Paulo: Jota, 22-12-2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/Vn112Uk>>. Acesso em: 20.06.2021.

Rousseff e, até mesmo, para a eleição de Jair Messias Bolsonaro ao cargo de presidente da República, em 2018.

4.4.2.2 O caso *Moreira Franco*

O caso envolvendo a nomeação de Lula para o cargo de ministro da Casa Civil merece ser trabalhado em comparação a outro: o caso da nomeação de Moreira Franco (MDB) para o cargo de Secretário-Geral da Presidência. Pela comparação entre esses dois casos, ver-se-á a falta de paralelismo na ação do Supremo, ante situações materialmente similares.

Contextualizando a abordagem, tem-se que Michel Temer, após assumir o cargo de presidente da República em virtude do *impeachment* de Dilma Rousseff, recriou, por Medida Provisória, com *status* de Ministério, a Secretaria-Geral da Presidência. Para ocupar o cargo de Secretário-Geral, Michel Temer nomeou Moreira Franco, que era alvo de várias investigações criminais. Dessa forma, Moreira Franco, à semelhança de Lula, passou a gozar de foro por prerrogativa no STF, o que implicava remessa das investigações criminais e processos penais contra ele à Corte Suprema.⁴⁰¹

Como o STF havia suspenso a nomeação do ex-presidente Lula em hipótese substancialmente similar à da nomeação de Moreira Franco, o Partido Rede e o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) impetraram Mandados de Segurança (n. 34.609 e n. 34.615) pleiteando a invalidação do ato de provimento sob a argumentação de que a nomeação configuraria desvio de finalidade, pois teria tão só o objetivo de garantir à Moreira Franco a prerrogativa de foro e prejudicar as investigações criminais no âmbito da Operação Lava Jato. Como se vê, os *writs* tinham o mesmo embasamento da decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes nos Mandados de Segurança n. 34.070 e n. 34.071, que tratou do caso Lula.

Seria natural esperar o acatamento das razões invocadas nas ações mandamentais acima, ensejando a suspensão da nomeação de Moreira Franco, o que prestigiaria a integridade e uniformidade da jurisprudência do STF. Porém, algo não natural ocorreu: o ministro Celso de Mello, na condição de relator do caso, indeferiu as tutelas

⁴⁰¹ EL PAÍS. **Citado na Lava Jato, Moreira Franco ganha foro privilegiado como novo ministro.** São Paulo: El País, 02.02.2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/yn148dw>>. Acesso em: 20.06.2021.

de urgência que pleiteavam a suspensão da nomeação de Moreira Franco, obtemperando, para tanto, que “a nomeação de alguém para o cargo de ministro de Estado [...] não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade”. Isso, pois, segundo o ministro Celso de Mello, a investidura em cargo político com foro privilegiado não acarreta presunção absoluta e automática de obstrução da investigação criminal ou da persecução penal. Como argumento final, ainda frisou que “o ministro de Estado pode ser submetido, perante o Supremo Tribunal Federal, a investigação criminal instaurada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público”.⁴⁰²

4.4.2.3 Conclusão parcial

Como se percebe, o STF, em casos similares, mais uma vez, tomou posturas diversas. Um peso, duas medidas. Essa oscilação, além de aparentar certa fraqueza institucional da Corte, ensejando o seu desprestígio popular e institucional, abala a própria consolidação de suas funções dentro da justiça constitucional e interfere no andamento político-social do país.

Mas ainda cabe indagar: o que levou o STF a conceder respostas tão diversas a essas situações tão similares? Responder a essa pergunta não é tarefa das mais fáceis. Longe de uma resposta simples, única, procarionte; para que se possa entender as razões de decisão do STF é preciso considerar o conjunto de estratégias, as pressões populares, a utilização de poder político, a atuação de atores políticos relevantes e o uso abusivo do poder individual de alguns ministros.⁴⁰³

De todo modo, embora existam razões para o STF atuar da forma como atuou, estes motes não apagam os danos trazidos pela ausência de tratamento isonômico ofertado pela Corte, tampouco retira de cena a necessidade de se averiguar a existência de práticas antidemocráticas e de utilização abusiva da justiça constitucional por alguns de seus membros.

No próximo estágio deste Capítulo, o objeto será justamente averiguar os efeitos na democracia que essas decisões tiveram, especialmente se levada em consideração a legitimidade constitucional formal que o uso abusivo da justiça constitucional

⁴⁰² STF. MS n. 34.609-MC. Relator ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática. Julgado em 14.02.2017.

⁴⁰³ MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP**. São Paulo: Folha de São Paulo, 28.01.2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/qn15SVh>>. Acesso em: 20.06.2020.

deu a cada caso. Isto é, a aparência de legitimidade e constitucionalidade formal, que, na verdade, esconde uma atuação desviante juridicamente e imersa em estratégias políticas que deturpam, materialmente, as bases democráticas.

4.5 O rebaixamento democrático pelo exercício da justiça constitucional pelo STF

A comparação da solução judicial ofertada pelo STF às impugnações judiciais às prerrogativas parlamentares constitucionais dos então parlamentares Delcídio do Amaral, Eduardo Cunha, Renan Calheiros e Aécio Neves demonstra que a interpretação constitucional dada pelo Supremo foi diferente a depender do político e do contexto institucional envolvido. Houve nítida flutuação da argumentação traduzida nas decisões da Corte para cada caso.

Também a comparação das respostas oferecidas pelo STF às insurgências quanto às nomeações de Lula e Moreira Franco nos casos de nomeação para cargos políticos com prerrogativa de foro sinaliza que o Tribunal personalizou os litígios, atuando ao arrepio da isonomia e manobrando a Constituição para justificar suas decisões em nome de um poder político.

Viu-se, em ambas as comparações casuísticas, que ocorreu uma personalização do tratamento dos litígios submetidos ao STF, além de uma sincronidade oculta de estratégias políticas que interferiram na prática constitucional, a sinalizar que o constitucionalismo foi empregado de maneira abusiva, a fim de justificar decisões não em nome do Direito Constitucional, senão do personagem envolvido e da melhor posição estratégica da Corte na arena política.

Os exemplos retirados dos precedentes do STF são importantes porque todos eles, além de refletirem um atalhamento do texto constitucional para justificar posições essencialmente dispostas na arena política, também interferiram nos rumos da democracia brasileira. Basta ver, para confirmar essa percepção, que os casos foram analisados e decididos pela Corte Constitucional em um momento de extrema tensão política no Brasil, ostentando grande apelo midiático e social. À época, o Brasil vivia

uma ebulição política e social que acabou refletindo na postura estratégica do STF como *player* político.⁴⁰⁴

As decisões da Corte, então, ao mesmo tempo que foram aquecidas pela tensão política, social e midiática, também ferveram ainda mais o contexto, em um movimento de reciprocidade. Ao fim, com a eleição de Jair Messias Bolsonaro, o Brasil flertou de perto com o neofascismo e com as práticas autoritárias, em nítida diminuição dos níveis democráticos até então estabelecidos no país.⁴⁰⁵

A eleição de Bolsonaro afetou tão drasticamente a democracia brasileira que Sérgio Abranches, recentemente, preconizou a existência de uma “crise do presidencialismo de coalizão”.⁴⁰⁶ Justificou que, com a assunção ao poder de um presidente que ostentava clara pretensão autoritária e populista, cujo governo foi marcado pelo constante acirramento institucional e pelo descrédito à informação e à ciência, promoveu-se uma enorme pulverização partidária — tão grande que tornou árdua a tarefa de reunir, em coalizão, grupos díspares de parlamentares e partidos. Ainda se consolidou, no governo Bolsonaro, a ode ao “antipolítico”, que rejeita o modelo tradicional de política.⁴⁰⁷

Bolsonaro escolheu um “presidencialismo de confrontação”. Este modelo trabalha por meio do incentivo à retaliação ao parlamento, com constante judicialização das decisões congressuais. Nesse panorama, o governo Bolsonaro passou a abusar da edição de Medidas Provisórias, já que, por falta da coalizão, não conseguiria aprovar suas propostas legislativas no Congresso Nacional.⁴⁰⁸ Esse perfil não dialogal levou Sergio Abranches a qualificar Bolsonaro como um “governante incidental”.⁴⁰⁹ A democracia, nestes governos incidentais, caracteriza-se por parlamentos sem

⁴⁰⁴ Esse sentimento de resposta jurisdicional estratégica, dentro de uma ebulição político-social, é bem observado e explicado em: SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição de exceção. São Paulo: Ed. Alameda, 2016.

⁴⁰⁵ Esse caminho é bem descrito em: SINGER, André; VENTURI, Gustavo. Sismografia de um terremoto eleitoral. In: **Democracia em risco?** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 356-360. Chegou-se a anunciar na literatura o início de um Estado pós-democrático, ver: CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2019.

⁴⁰⁶ **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 153 e s.

⁴⁰⁷ ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 156.

⁴⁰⁸ ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 156.

⁴⁰⁹ ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 160.

maioria, levando a coalizões precárias e instáveis; ou às maiorias efêmeras em torno destas lideranças incidentais. Trata-se, em suma, de uma democracia atacada e fragilizada.⁴¹⁰

Durante o governo Bolsonaro, que de certa forma é fruto das opções estratégicas do STF, a polarização social se exponenciou; a agenda se aproximou de modelos fascistas apegados a dogmas como nação e religião; as minorias foram atacadas; as políticas públicas em saúde e educação descontinuadas; as massas digitais foram manobradas por *fake news*; a diplomacia brasileira foi deslegitimada etc. Enfim, as atuações do STF no curso das demandas judiciais analisadas, de fato, contribuíram para pôr a “democracia em risco”.⁴¹¹

Por tudo isso, o diagnóstico realmente constata que o STF, em algumas de suas atuações e decisões, adota práticas que se encaixam na definição de constitucionalismo abusivo, por meio de manobras atreladas a mecanismos aparentemente constitucionais, mas que conseguem, ainda que reflexamente, tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes, além de gerar o risco de transição a regimes autoritários.

⁴¹⁰ ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 161.

⁴¹¹ Sobre os riscos que o governo Bolsonaro ofereceu ao regime democrático brasileiro, vale conferir, em toda sua amplitude, a seguinte obra coletiva: ABRANCHES, Sérgio, et al. **Democracia em risco?** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CONCLUSÕES

O constitucionalismo é sem sombra de dúvidas um triunfo da racionalidade. É o escudo que protege contra o ímpeto dos tiranos. É a espada que arma o povo na busca e garantia de seus direitos. Nos mais variados espectros que a ideia de constitucionalismo pode assumir, tem-se que o seu traço natural se liga à ideia de proteção e promoção da Constituição, implicando tutela da democracia e dos mais variados direitos que exurgem da mutação sociopolítica contemporânea.

Ocorre que todo remédio pode se degenerar em veneno. É uma questão de dose. A Constituição, embora forjada à luz de preceitos garantísticos e democráticos, também pode ser manobrada de forma abusiva, inclusive para diminuir o seu potencial protetivo. A esse tipo de atuação damos o nome de “constitucionalismo abusivo”, sendo este entendido como a utilização de mecanismos aparentemente constitucionais, mas capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes, que pode ser levado a efeito por qualquer agente constitucional, inclusive pelo Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional, no exercício da justiça constitucional, é um dos principais encarregados de fazer valer o constitucionalismo democrático, porquanto é o último e definitivo fiador da supremacia constitucional e da democracia. São esses elementos que integram a essência da atuação da Corte Constitucional, sem os quais ela se confundiria com qualquer outra instância jurisdicional ordinária. A legitimidade democrática para exercer essa gloriosa tarefa é entregue ao Tribunal Constitucional pelo próprio texto da Constituição, que assegura e municia essa Corte de poderes e ferramentas para a tutela do constitucionalismo democrático.

Mas se a Constituição, em termos positivos, fornece a legitimidade democrática ao Tribunal Constitucional; em termos negativos, ela também estabelece os limites à atuação da Corte, fora dos quais os seus atos serão ilegítimos ou mesmo abusivos. Compreender o Tribunal Constitucional na dinâmica do constitucionalismo abusivo, portanto, significa empreender um esforço analítico sobre os próprios limites da legitimidade democrática do Tribunal. É, pois, uma tarefa árdua e essencialmente vocacionada ao amadurecimento da teoria e prática constitucional de nosso país.

Quando voltada a análise à prática constitucional desenvolvida no âmbito do STF vê-se quão valiosa é a discussão a respeito do constitucionalismo abusivo e dos limites da legitimidade do Tribunal Constitucional. Nesse passo, torna-se crucial

investigar até que ponto o STF pode ingressar na arena política para fazer valer seus interesses estratégicos; ou em qual medida o uso argumentativo dos poderes do Tribunal é empregado para desequilibrar os *check and balances* em seu favor; e, enfim, como a sincronicidade e o uso seletivo da subsunção, a implicar personalização de litígios, impacta no exercício da justiça constitucional e na democracia. Todas essas perquirições foram realizadas no curso deste trabalho, sendo o resultado um sinal alarmante de que, por vezes, a atuação do STF se amolda a arquétipos de constitucionalismo abusivo.

Como advertido na introdução a este trabalho, o escopo que direciona esta investigação não se atrela ao achado de soluções, sugestões ou respostas, quanto ao que fazer com o problema do constitucionalismo abusivo no âmbito do STF. Deixa-se essa empreitada a outro momento, no qual, de forma mais madura e refletida, a pesquisa e o pesquisador estejam realmente preparados para encontrar soluções úteis.

No momento, o que se almeja é registrar em papel o resultado de uma pesquisa de verve essencialmente exploratória e descritiva, cujo trabalho ápice consiste no diagnóstico de uma situação, qual seja: a existência de indícios de constitucionalismo abusivo na atuação do STF. Essa foi a hipótese testada, sendo o resultado positivo.

Ao longo do trabalho, visamos deixar claras as nossas conclusões sobre a temática investigada, trazendo, sempre que aconselhável, o diagnóstico parcial alcançado pela empreitada analítica. Todavia, é útil esquematizar enunciados objetivos que aglutinem nossos diagnósticos e análises. É o que se passa a fazer.

(i) O constitucionalismo não é achado de um grupo de juristas e/ou políticos, senão resultado de muitos séculos de ensaios, erros e acertos, tornando sua análise, por natureza, complexa.

(ii) A pluralidade de focos que se pode dar ao fenômeno do constitucionalismo levou grandes juristas contemporâneos a advogar que, na verdade, “não há um constitucionalismo”, senão “vários constitucionalismos”.

(iii) Enquanto fenômeno complexo, os constitucionalismos impendem um estudo conglobante, em que todas as suas nuances sejam simbioticamente consideradas. Apenas nesse cenário é viável falar em constitucionalismo liberal, social, internacional, abusivo etc., sem que haja equívoco em tais invocações, ainda que, em suma, elas materializem coisas tão diferentes.

(iv) Os constitucionalismos podem ser observados quanto ao panorama histórico-evolutivo, que foca na linha do tempo em que são construídos os diversos modelos de tratamento da questão constitucional; quanto ao panorama substancial-teleológico, oportunidade em que o enfoque da classificação não é necessariamente o temporal, mas sim a predominância de interesses materiais que guiaram as formas de constitucionalismo; e quanto ao desvio do propósito tutelar e garantidor da constituição e da democracia, os chamados constitucionalismos desviantes.

(v) Dentro da análise das variadas formas de manifestação do constitucionalismo, ou dos constitucionalismos, observou-se que este é naturalmente um movimento de verve garantista, que cristaliza anseios políticos, sociais e jurídicos, pela limitação do poder arbitrário, por meio de mecanismos como a separação funcional dos Poderes e a garantia de direitos aos cidadãos. Sua natureza típica é emancipatória, com nítida feição democrática, seja qual for o substrato finalístico que ele assuma enquanto pensamento constitucional.

(vi) Ocorre que, tal como na lógica aristotélica dos regimes políticos⁴¹², o constitucionalismo também pode se degenerar. O constitucionalismo abusivo, assim, é uma das possíveis formas degeneradas do constitucionalismo: ele visa descrever a utilização de mecanismos aparentemente constitucionais, mas que manobrados são capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes.

(vii) A tese original do constitucionalismo abusivo, de David Landau, define o fenômeno como o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar-se um Estado significativamente menos democrático do que era antes. Bem de ver, o autor, ao se referir aos mecanismos de mudança constitucional, concentra-se em métodos formais e não informais de mudança — emenda constitucional e mutação constitucional.⁴¹³

⁴¹² A filosofia política aristotélica aponta a existência de seis regimes políticos, sendo três deles saudáveis e três degenerados. Nessa senda, quando a distribuição do poder opera segundo um estado de liberdade, sendo entregue o poder ao povo, há democracia; já distribuição conforme ao critério da virtude e organização, que essencialmente vincula o poder a alguns, os ditos mais capacitados, corresponde à aristocracia; e a distribuição segundo o critério da unidade, tradição ou nobreza, corresponde à monarquia, em que o poder se concentra nas mãos de uma pessoa. A exacerbação dos princípios da democracia culminaria na demagogia, concretizada pela cegueira ocasionada na maioria da população por um pensamento vicioso propagado pelo déspota demagogo; a degeneração da aristocracia se veria na oligarquia, em que o grupo detentor do poder governa para atender a interesses próprios; e a monarquia se envenenaria pela tirania, onde um governante se arvoraria abusivamente no poder (ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: EDIPRO, 2019).

⁴¹³ No original: "I define 'abusive constitutionalism' as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before. In referring to the

(viii) Ligadas à tese do constitucionalismo abusivo de David Landau há outras, cuja formulação e resultados podem agregar conteúdo regulativo à teoria do mencionado constitucionalista americano. Uma dessas teses é a do contra-constitucionalismo, de Richard Albert. O jurista canadense chama de contraconstitucionalismo as barreiras implícitas erguidas pelo constitucionalismo à concretização da democracia participativa.⁴¹⁴ De forma mais ampla, a teoria de Richard Albert corporifica as práticas aparentemente constitucionais e democráticas, mas que, concretamente, acarretam resultados que se opõe à promessa do constitucionalismo de matiz democrático-participativo.⁴¹⁵

(ix) Outra teoria importante que denuncia a degeneração das naturais bases do constitucionalismo é a referente às constituições líquidas, de Carlos Blanco de Moraes. O jurista defende que a constante atuação normativa dos Tribunais Constitucionais tem o poder de retirar do texto constitucional sua identidade normativa e consequentemente ocasionar a incerteza jurídica de uma “Constituição líquida” povoada por decisões normativas e contraditórias.⁴¹⁶

(x) A última tese de constitucionalismo desviante analisada é a de Mark Tushnet. O autor defende a ideia de constitucionalismo autoritário, identificada pelo sistema de governo que combina eleições razoavelmente livres e justas com um grau moderado de controle repressivo da expressão e limites na liberdade privada.⁴¹⁷ O constitucionalismo autoritário, explica Mark Tushnet, é um sinal de alerta para a escalada arbitrária, pois dá espaço para o regime abusivo se municiar de ferramentas tirânicas, sob o véu de uma aparente constitucionalidade.

(xi) O conceito de constitucionalismo abusivo, portanto, para os fins do presente trabalho, restou esclarecido como a utilização de mecanismos aparentemente

mechanisms of constitutional change, I focus here on formal rather than informal methods of change — constitutional amendment and constitutional replacement (LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013. p. 195).

⁴¹⁴ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 4.

⁴¹⁵ ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008. p. 4.

⁴¹⁶ BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Liquid Constitutions” and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020. p. 105-137 (passim).

⁴¹⁷ O constitucionalismo autoritário, para Mark Tushnet, reúne um grau de proteção intermediário das liberdades civis, com níveis de força e fraude em eleições baixos ou intermediários (ver Tabela 1 em TUSHNET, Mark. *Authoritarian Constitutionalism*. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015. p. 397). Assim, esse tipo de constitucionalismo passa a impressão de que é algo não tão ruim, mas em seu âmago afeta os valores democráticos da sociedade.

constitucionais, mas que manobrados por quaisquer dos atores constitucionais relevantes, inclusive a própria Corte Constitucional, são capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes e gerar o risco de transição a regimes autoritários.

(xii) Neste trabalho, deu-se preferência aos termos “justiça constitucional” e “Tribunal Constitucional”, em detrimento de outros usualmente utilizados em nossa doutrina. Entabulou-se que a justiça constitucional é a última e definitiva instância deliberativa (em termos jurídicos e axiológicos) sobre o significado da Constituição (em sentido amplo), cujo exercício se dá pela prática constitucional concretizada por um Tribunal Constitucional.

(xiii) O papel do Tribunal Constitucional na nova roupagem da separação dos poderes se vê reoxigenado, pois a nova configuração da legitimidade democrática, por meio do sufrágio, fortifica o Executivo e o Legislativo; e pela adstrição à Constituição, dá tónus à ação do Judiciário.⁴¹⁸

(xiv) O Tribunal Constitucional é um verdadeiro pressuposto do constitucionalismo, sem o qual este não existiria e não funcionaria senão precariamente. A conotação democrática do Tribunal Constitucional deve ser reconhecida para fins de sua legitimidade. Este reconhecimento vai para além da compreensão do princípio majoritário, pois a fonte da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional se encontra na própria Constituição.

(xv) Reconheceu-se que, por um lado, o Tribunal Constitucional é uma instituição legitimamente democrática e necessária ao constitucionalismo democrático contemporâneo, mas, por outro, esta mesma instituição pode atuar para além dos limites de legitimidade encartados na Constituição, encorpendo, em última análise, uma prática afeita ao abuso constitucional.

(xvi) O STF e seus ministros são dotados de inegável poder na definição do constitucionalismo democrático no país. Esse poder justifica, por exemplo, o exercício da justiça constitucional e a definição final de litígios de alta densidade político-jurídica, sem recurso a superior jurisdição. Contudo, em cenários em que os desenhos institucionais se mostrem falhos e/ou informais, abrem-se portas para que o STF e seus membros reiterem práticas ligadas à personalização do poder e à violação das

⁴¹⁸ Cf. ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Ciudad du México: Fondo de Cultura Económica, p. 703 e ss.

barreiras institucionais do constitucionalismo democrático, mediante condutas que aparentemente se encontram afinadas ao baluarte da democracia.

(xv) O exercício do constitucionalismo abusivo, em termos institucionais, é geralmente antecedido pelo reforço da posição de *player* no jogo político. Esse fenômeno tende a robustecer a posição do STF como agente central no constitucionalismo, sendo uma etapa relevante da atuação da Corte no sentido de impor sua autoridade para posteriormente agenciar interesses no processo decisório.

(xvi) Dentro do uso argumentativo que a Corte faz de seu poderio, as decisões proferidas podem, em verdade, servir ao propósito de pôr o STF na condição de “agente seletivo do constitucionalismo abusivo, fortalecendo as capacidades de decisão, e ainda estabelecer um papel mais definitivo a suas deliberações”.⁴¹⁹

(xvii) A lógica catalisadora de poderes no exercício do jogo político sequencial também pode ser vista na iteração entre o STF e os demais Poderes. Uma das táticas é retirar disfarçadamente funções típicas de outros Poderes, submetendo-as à constante validação pela Corte.

(xviii) O incremento da capacidade de o STF justificar a interferência constitucional em searas nitidamente políticas tem franqueado caminho ao constitucionalismo abusivo. O jogo estratégico, no caso, atravessa tanto o crescimento do poder da Corte, quanto a esperança de aumento em seu poder de barganha. É justamente neste perímetro que se situa a importância da análise dos fenômenos de sincronicidade e o uso deslocado da subsunção na atuação do Tribunal Constitucional brasileiro.

(xix) A sincronicidade traduz o conjunto irracional de acontecimentos que podem envolver uma relação de causalidade oculta. No âmbito do constitucionalismo abusivo praticado por um Tribunal Constitucional, a sincronicidade pode ser vista quando a deliberação judicial, que contempla este conjunto irracional de acontecimentos envoltos em uma relação de causalidade oculta, aproxima-se deletariamente de formas típicas de barganha política, em detrimento do constitucionalismo democrático.

(xx) A sincronicidade é indicativa da atuação do STF como *player*, *veto player* e *veto point*. Assim, no balancete estratégico dos Poderes eleitos, quando estes medem a possibilidade de sucesso de implementação e efetivação de determinada

⁴¹⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017. p. 177-178.

política, devem eles considerar a atuação do STF como *veto player*. Mas não só. Pois o papel desempenhado pela Corte brasileira não é só de um *player* de veto (possibilidade de vetar ou não determinada política), mas, ainda, de um *player* de conformação. Nesta última hipótese, o STF teria a capacidade auto-outorgada de conformar determinada política, bem como de criar, em certas situações, as políticas ou as regulamentações a serem efetivadas.

(xxi) Já o uso seletivo da subsunção pelo STF ocorre quando a interpretação dada pela Corte sobre idêntica questão jurídica se altera, sem *discrímen* razoável, conforme as partes ou os interesses postos nos autos.

(xxii) Dentro desse cenário, constatou-se que, ainda que presentes os mesmos elementos fático-jurídicos, as decisões do Supremo têm sido díspares a depender da parte e do interesse envolvido no processo. O fator de diferenciação, longe do jurídico, passa pela conjuntura política, pelas pressões populares, pelo ministro relator do caso e por variáveis que envolvem um complexo jogo estratégico.

(xxiii) A comparação da solução judicial ofertada pelo STF à contestação judicial das prerrogativas parlamentares constitucionais dos então congressistas Delcídio do Amaral, Eduardo Cunha, Renan Calheiros e Aécio Neves demonstra que a interpretação constitucional dada pelo Supremo foi diferente a depender do político e do contexto institucional envolvido — inclusive com flutuação dos entendimentos da Corte para cada caso concreto.

(xxiv) A comparação das respostas dadas pelo STF às insurgências quanto às nomeações de Lula e Moreira Franco nos casos de nomeação para cargos políticos com prerrogativa de foro também sinaliza que o Tribunal personalizou os litígios, atuando ao arrepio da isonomia e manobrando a Constituição para justificar suas decisões em nome de um poder político.

(xxv) Os exemplos retirados da jurisprudência do STF são importantes porque todos eles, além de refletirem um atalhamento do texto constitucional para justificar posições essencialmente dispostas na arena política, também interferiram nos rumos da democracia brasileira. Os casos foram analisados e decididos pela Corte Constitucional em um momento de extrema tensão política no Brasil, ostentando grande apelo midiático e social. As decisões da Corte, então, ao mesmo tempo que foram aquecidas pela tensão política, social e midiática, também ferveram ainda mais o contexto, em um movimento de reciprocidade. Ao fim, com a eleição de Jair Messias Bolsonaro, que de certa forma é produto do abuso constitucional do STF, o Brasil flertou de perto

com o neofascismo e com o autoritarismo, em nítida diminuição dos níveis democráticos até então estabelecidos no país.

(xxvi) Diagnostica-se, dessa forma, que o STF promove o constitucionalismo abusivo em algumas de suas decisões e ações, na medida em que tem manobrado mecanismos aparentemente constitucionais, mas que são capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes, além de gerar o risco de transição a regimes autoritários.

Com vistas a todo o exposto, torna-se possível passar ao encerramento deste trabalho. Para isso, cumpre ressaltar uma vez mais que o Estado Constitucional Democrático só será um plano normativo viável quando as circunstâncias concretas da democracia brasileira forem alvo de estudo por nossos juristas. Não basta o estudo e a manutenção dos mantras dogmáticos imantados no Direito Público nacional. O trabalho de se fazer valer a Constituição exige uma postura realista e empírica. Adaptando Friedrich Nietzsche, o grande inimigo do Direito Constitucional nasce do conjunto de suas próprias convicções, as quais, se tomadas como sacrossantas, ocultam a verdade sobre o país. E o Brasil como qualquer nação é construído por pessoas movidas por paixões, ódios, tristezas e alegrias. Pessoas que são imperfeitas e contraditórias. Pessoas que prosseguem com esperança e vontade de melhorar. Essa realidade imperfeita não pode ser negada se quisermos avançar em nossa teoria constitucional, em especial, pois, como dizia Millôr Fernandes, *o Brasil tem um enorme passado pela frente*.

* * *

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Contra o neoconstitucionalismo: idiosincrasias e incongruência da teoria constitucional contemporânea. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ABRANCHES, Sérgio, et al. **Democracia em risco?** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.

ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”, trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Ciudad du México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Connecticut, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997.

ACKERMAN, Bruce. **We the People**. Cambridge: The Belknap Press, 1991. v. 1.

ALBERT, Richard. Counterconstitutionalism. **Dalhousie Law Journal**, v. 31, n. 1, p. 1-54, Spring 2008.

ALVARADO, Andrea Acosta. **Diálogo Judicial y Constitucionalismo Multinível — El caso interamericano**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda; e DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

ANCOG, Amelia C. Law, science, and technology. **Law and Technology, Washington**, v. 26, n. 3, 1993.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; e RIBEIRO, Leandro. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1, pp. 13-32, 2018.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: EDIPRO, 2019

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional como fontes do direito. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 16, n. 1-2, p. 215-229, dez. 1987.

BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Atlântida Ed., 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARCELOS, Renato de Abreu. Revolução ou reforma? Uma reflexão sobre o novo constitucionalismo latino-americano. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, ano 18, n. 11, jan./ jun. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10592/19130>. Acesso em: 2 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (orgs.). **Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. IV.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ESTORILIO, Rafael. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, a. 18, n. 1, p. 173-192, jul. 2017.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 1966. t. II.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Tecnos, 1987.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. "Liquid Constitutions" and Their Informal Changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (editors). **The Political Dimension of Constitutional Law**. Cham, Switzerland: Springer, 2020.

BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stephane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa**. Tradução de Rejane Janowitz. Porto Alegre: L&PM Editores, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, ano 16, n. 269, p. 13-66, mai./ago. 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/338/3242>. Acesso em: 2 jul. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSCH, Jorge Tristán. **¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?**. Buenos Aires: Zavalía, 1951. P

BRINKS, Daniel M. Faithful Servants of the Regime: The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio (Org.). **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 128-153.

BROUARD, Sylvain; HÖNNIGE, Christoph. Constitutional courts as veto players: Lessons from the United States, France and Germany. **European Journal of Political Research**, v. 56, n. 3, p. 529-552, August 2017.

BUSTAMENTE, Thomas. **Em defesa da legalidade**: temas de Direito Constitucional e Filosofia Política. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução ao Direito Constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinária**. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene, et al. (orgs.). **Estudos de direito ambiental**: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Para uma teoria pluralística da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático português. **Revista do Ministério Público**, ano 9, n.º 33-34, jan.-jun., 1988.

CAPOCCIA, Giovanni. Militant Democracy: the institutional bases of democracy self-preservation. **Annual Review of Law and Social Science**, n. 9, p. 207-226, nov. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1970.

CARIAS, Allan R. **Estado de derecho y control judicial. Justicia constitucional, contencioso-administrativo y derecho de amparo**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2019.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do Direito Público: constitucional e administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

CELESTE, Edoardo. Digital Constitutionalism: a New Systematic Theorization. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, issue 1, p. 76-99, 2019.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965.

CHOPER, Jesse H. **Judicial review and the national political process. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court**. Chicago: The University of Chicago, 1980.

COELHO, Inocência Mártires. Métodos de interpretação constitucional. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: PUC/SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>

COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CORRÊA, Oscar Dias. **A crise da Constituição, a constituinte e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. RT, 1986.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Presidencialismo de coalizão. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Dicionário de políticas públicas**. São Paulo: Ed. UNESP, 2018.

DAHL, Robert A. **Toward Democracy: A Journey**. Berkeley: Institute of Governmental Studies Press, University of California, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DE FAZIO, Federico; CLÉRICO, Laura. Constitucionalismo metodológico. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; e STRECK, Lenio Luiz [coord.]. **Neoconstitucionalismo: avanço e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DEWEY, John. Context and thought. In: **John Dewey — Later works: 1925-1953**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). **Artigos Direito GV – Working Papers**, n. 17, São Paulo, p. 1-17, mar. 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Discricionariedade e justificação. Reflexões sobre a visão juspositivista da interpretação jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 855-866, jan./abr. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por-venir”. La reforma de la constitución. In: ARÉVALO, Manuel Clavero (coord.). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación BBV, 1997.

DROMI, José Roberto. **O futuro da democracia**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

EIBHOLZ, Gerhard; RINCK, Hans-Justus; HESSELBERGER, Dieter. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar na Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**. 6. ed. Köln: O. Schmidt, 1978.

EL PAÍS. **Citado na Lava Jato, Moreira Franco ganha foro privilegiado como novo ministro**. São Paulo: El País, 02.02.2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/yn148dw>>. Acesso em: 20.06.2021.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

EPSTEIN, David; e O'HALLORAN, Sharyn. **Delegating powers: a transactional cost politics approach to policy making under separation of powers**. New York: Cambridge University Press, 1999.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Cármem Lúcia diz que dará urgência à análise da liminar que afastou Renan**. São Paulo: Época Negócios, 06.12.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/5n1Ddhe>>. Acesso em: 19.05.2021.

ESTADÃO CONTEÚDO. **PEN tenta retirar liminar que poderá livrar Lula.** São Paulo: Jornal Estado de São Paulo, 09.04.2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/sn8IAwu>>. Acesso em: 20.06.2021.

ESTEBAN, Jorge de; TREVIJANO, Pedro José González. **Curso de Derecho Constitucional Español.** Madrid: Complutense, 1994. t III.

FALZEA, Angelo. **Introduzione alle scienze giuridiche**, parte prima (*Il concetto del diritto*). 5. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. **Rivista di diritto civile**, CEDAM, Padova, p. 1-17, 1988.

FAVOREU, Louis. **Los tribunales constitucionales.** Barcelona: Ariel, 1994.

FAYT, Carlos S. **La supremacia constitucional y la independencia de los jueces.** Buenos Aires: Depalma, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. **Revista luso-espanhola de direito público**, n. 17-18, p. 97-119, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Entenda a prisão do senador Delcídio do Amaral em 11 perguntas e respostas.** 26.11.2015. Disponível em: <<https://cutt.ly/kn1UJzA>>. Acesso em: 19.05.2021.

FRANCO, Gustavo H. B.; LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. O processo econômico. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **A abertura para o mundo: 1889-1930.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. (Coleção História do Brasil Nação: 1808-2010, v. 3)

FRIEDRICH, Carl J. **Teoría y realidade de la organización constitucional democrática:** en Europa y America. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

G1 POLÍTICA. **Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada.** São Paulo: G1, 16.03.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/9n12Y87>>. Acesso em: 20.06.2021.

G1 POLÍTICA. **Relembre: Aécio pediu dinheiro a Joesley, e primo do senador foi gravado pegando maços de dinheiro.** São Paulo: G1, 28.09.2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/Tn1Lilm>>. Acesso em: 19.05.2021.

GARCIA, Gustavo; RAMALHO, Renan. **Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF.** Brasília: G1, 06.12.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/9n1AYWP>>. Acesso em: 19.06.2021.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** 6. ed. Madrid: Occidente, 1961.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (coord.) **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. México, DF: Romero de Terreros, 2011.

GICO JÚNIOR, Ivo. Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, a. 15, n. 2, p. 55-84, mai.-ago. 2018.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **Berkman Klein Center Research Publication**, n. 2015-15, p. 2-22, nov. 2015.

GOODNOW, Frank. **The principles of administrative law of the United States**. Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HENKIN, Louis. Elements of constitutionalism. **Review of International Commission of Jurists (Special Issue: The evolving African Constitutionalism)**, n. 60, p. 11-22, jun. 1998.

HERMET, Guy, et al. **Politique et des institutions politiques**. 7. ed. Paris: Armand Colin, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 10, 1899.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. **Deliberate Discretion? The institutional foundations of bureaucratic autonomy**. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

IMMERGUT, Ellen M. Institutions, Veto Points, and Policy Results: a comparative analysis of health care. **Journal of Public Policy**, vol. 10, n. 4, oct.-dec., 1990.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1979.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

JUNG, Carl G. **Obra completa de C. G. Jung. Parte 3. Sincronicidade: a dinâmica do inconsciente**. 21. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. v. 3.

KAGAN, Robert. American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (ed.). **Making policy, making law**: an interbranch perspective. Washington, DC: Georgetown University Press, 2004.

KARPPINEN, Kari; PUUKKO, Outi. **Four Discourses of Digital Rights**: Promises and Problems of Rights-Based Politics. *Journal of Information Policy*, v. 10, p. 304-328, 2020.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRSHNER, Alexander S. **A Theory of Militant Democracy**: the ethics of combatting political extremism. New Haven: Yale University Press, 2014.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, Berkeley, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis**. Paris : Giard, 1921.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

LEAL, Fernando. Apresentação. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade**: democracia, direitos e instituições. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LEITÃO, Matheus. **ÁUDIO: ouça a gravação que embasou a prisão do senador Delcídio do Amaral**. Brasília: G1, 25.11.2015. Disponível em: <<https://cutt.ly/Mn1InjJ>>. Acesso em: 19.05.2021.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. **Competitive Authoritarianism**. Nova York: Cambridge University Press, 2010.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2003.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**: Book II, London: C. Baldwin Printer, Harvard University Press, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, part. I. **The American Political Science Review**, Vol. 31, n. 3, p. 417-432, jun., 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, part. II. **The American Political Science Review**, Vol. 31, n. 4, p. 638-658, ago., 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

LYNCH, Christian Edward. Ascensão, fastígio e declínio da “Revolução Judiciária”. **Insight Inteligência**, n. 79, 2017. Disponível em: <<https://bitly.com/9RbHo>>, acesso em: 18 de jul. de 2020.

MADISON, James. **The federalist n. 10**. In: ed. Wesleyan University Press, p. 56-65.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. **Rediscovering institutions: the organizational basis of politics**. New York: Free Press, 1989.

MARTINEZ, Miguel-Angel Alegre. **Justicia constitucional y control preventivo**. León: Universidad de León, 1995.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. v. 1.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAURO, Frédéric. **História econômica mundial**. Tradução de Lincoln Penna. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Fighting for Their Place: Constitutional Courts as Political Actors. A Reply to Heinz Klug. **Constitutional Court Review**, v. 3, p. 33-44, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agrirem a democracia, escreve professor da USP**. São Paulo: Folha de São Paulo, 28.01.2018. Disponível em: <<https://cutt.ly/qn15SVh>>. Acesso em: 20.06.2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

- MILIBAND, R. **Lo stato nella società capitalistica**. Roma: Laterza, 1970.
- MIRANDA, Jorge. A actividade do Tribunal Constitucional em 1993. **Separata da Revista O Direito**, 1995, ano 127.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melvill. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. Método: São Paulo, 2008.
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: **Colóquio de 10º aniversário do Tribunal Constitucional**, Coimbra Editora, 1995.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional**, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NICOLIELLO, Nelson. Los criterios de Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad. **Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y político. Serie Congresos y Conferencias**, Montevideo, v. 1, pp. 87-92, 1994.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Inspeção judicial: uma análise propositiva acerca da autorreferência judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda; e DIDIER JR., Fredie (org.). **Doutrinas essenciais. Novo Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, v. IV.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na Justiça Constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos *veto players* na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**, São Paulo, v. 30, n. 132, p. 33-74, jul./ago., 2022.
- OLIVEIRA, Lucas Soares de. Para além dos muros da tradição jurídica: o Direito e a realidade. In: MEDRADO, Vitor Amaral; SENA, Lucas Rodrigues. **A justiça sub judice: reflexões interdisciplinares**. São Paulo: Dialética, 2022.

OLIVEIRA, Lucas Soares de. Tópicos para debate a respeito da Justiça e diálogos constitucionais: um ensaio sobre pensamentos candentes no Direito Constitucional Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 15, n. 48, p. 55-80, jul./dez. 2021.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Economia *versus* Direito ambiental — A opção brasileira. **Revista de Direito Empresarial (RDEmp)**, ano 9, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/132/10494/16889>. Acesso em: 26 jun. 2022.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista general de derecho público comparado**, n. 9, p. 1-24, 2011.

PEGORARO, Lúcio, RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados**. Porto Alegre: Contracorrente, 2021. v. 2.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Thomaz. **Lula ministro e o silêncio do Supremo**. São Paulo: Jota, 22-12-2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/Vn112Uk>>. Acesso em: 20.06.2021.

PERNICE, Ingolf. **La dimensión global del constitucionalismo multinivel: una respuesta global a los desafíos de la globalización**. Madrid: Ceu Ediciones, 2012.

PERRY, Michael. **The Constitution, the Courts, and human rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary**. New Haven: Yale University, 1982.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINTO FERREIRA. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. t. I.

PIRES, Francisco António Lucas. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel [org.]. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises of democracy**. Nova York: Cambridge University Press, 2019.

RAMALHO, Renan. **Cármén Lúcia ouve ministros e marca para esta quarta decisão sobre Renan**. Brasília: G1, 06.12.2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/wn1DDU7>>. Acesso em: 19.05.2021.

RAMALHO, Renan. **Fachin negou pedido de prisão e não levará caso de Aécio ao plenário**. Brasília: G1, 18.05.2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/fn1LWbK>>. Acesso em: 19.05.2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Vinício. **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 1993.

ROBERTSON, David. **The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ROBL FILHO, Ilton Noberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. In: Consultor Jurídico (ConJur). **Observatório Constitucional**, São Paulo, 22 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital#_edn3. Acesso em: 13 jul. 2022.

RODRIGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. **El poder judicial em la Constitución**. Barcelona: Bosch, 1980.

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community**. London: Routledge, 2009.

SÁNCHEZ, Alcides Antúnez; OCAMPO, Eduardo Díaz. El pluralismo jurídico y los derechos a la Pachamama. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**, ano 15, n. 36, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/151/20690/30853>. Acesso em: 26 jun. 2022.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. O constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva: da Constituição Imperial de 1824 à assim chamada “Constituição-Cidadã” de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SCHWARZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição de exceção**. São Paulo: Ed. Alameda, 2016.

SHAPIRO, Ian. **Politics against Domination**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.

SHAPIRO, Martin. The success of judicial review. In: KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M.; REITZ, John C. (ed.). **Constitutional dialogues in comparative perspective**. New York: St. Martin Press, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557—584, 2013.

SINGER, André; VENTURI, Gustavo. Sismografia de um terremoto eleitoral. In: **Democracia em risco?** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 356-360.

SORRENTINO, Federico. **Lezioni sulla giustizia costituzionale**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

SOUZA, Josias de. **No caso Renan, Cármen Lúcia foi mais “articuladora política” que magistrada**. São Paulo: UOL Notícias, 8-12-2016. Disponível em: <<https://cutt.ly/ln1Kunw>>. Acesso em: 19.05.2021.

STEINBERG, Rudolf. **Der ökologische Verfassungsstaat**. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

SUSSKIND, Jamie. **Future Politics: living together in a world transformed by tech**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995; SHAPIRO, Michael J. Judicialization of Politics in United States. **International Political Science Review**, v. 15, n. 2, p. 101-112, apr. 1994.

TAVARES, André Ramos. Ciência e Tecnologia na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, ano 44, n. 175, p. 7-20, jul./set. 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Redwood City: Stanford University Press, 2014.

TELES, Giovana. **Áudio revela como Delcídio tentou impedir a investigação da Lava Jato**. Brasília: G1. 25.11.2015. Disponível em: <<https://cutt.ly/gn1U6Jc>>. Acesso em: 19.05.2021.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution. **The Italian Law Journal**, v. 03, n. 01, p. 193-205, 2017.

TEUNE, Henry. Global democracy. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 581, pp. 22-34, May, 2002.

THORNHILL, Chris. **Crise democrática e Direito Constitucional Global**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

TSEBELIS, George. **Veto players: how political institutions work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**, v. 100, n. 2, p. 391-462, Jan. 2015.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **John Marshall Law Review**, Washington, v. 37, n. 2, p. 523-53, 2004.

URTUBEY, Rodolfo. Designación y remoción de jueces en la Argentina. In: *Anais do Congresso Mundial das Escolas da Magistratura*, 1998.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo latino-americano: Sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)**, ano 18, n. 11, jan./ jun. 2012. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10592/19129>. Acesso em: 2 jul. 2022

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1977. v. II.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de los poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto**. 1. ed. [1988]. Torino: UTET, 1998. v. 1.

ZAMUDIO, Héctor Fix. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.

ZAPATA, Juan Carlos Moncada. Control constitucional y separación de poderes en el mundo contemporáneo. **Estudios de derecho**. Medellín, año LX, n. 129, p. 12-57, mayo-1998.