



**UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS FUNÇÕES CONTRAMAJORITÁRIA,
REPRESENTATIVA E ILUMINISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) À
LUZ DA DOCTRINA DA EFETIVIDADE**

*A CRITICAL ANALYSIS OF THE COUNTER-MAJORITARIAN, REPRESENTATIVE AND
ENLIGHTENMENT FUNCTIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN LIGHT OF THE
DOCTRINE OF EFFECTIVENESS*

João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999). Master em Teorías Críticas del Derecho pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995). Professor Adjunto na Universidade Federal de Pernambuco, Professor na Universidade Católica de Pernambuco e Professor nas Faculdades Integradas Barros Melo. Avaliador "ad hoc" do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação (INEP/MEC). Pesquisador do CNPq (bolsa produtividade em pesquisa nível 2). Coordenador do Doutorado Interinstitucional UNICAP (Recife, Pernambuco) / UNICATÓLICA (Quixadá, Ceará). Coordenador da Clínica Interdisciplinar de Direitos Humanos da UNICAP.

Júlio Cesar Matias Lobo

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2019). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus (2019). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Christus (2009). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus (2002). Defensor Público do Estado do Ceará desde o ano de 2008. Professor no Centro Universitário Católica Rainha do Sertão.

Pedro Rafael Malveira Deocleciano

Possui doutorado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2019). Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2010). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Unichristus (2010). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2007). Atualmente é coordenador/professor do Centro Universitário Católica de Quixadá, Membro do Comitê de Ética e Pesquisa vinculado à Unicatólica, Membro do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID) e Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Seccional Ceará.

Resumo

O artigo pretende realizar uma abordagem das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Corte a que se refere a doutrina da efetividade do ministro Barroso ao afiançar uma pretensa potencialidade de ingerência do STF nas mais variadas questões da política. A função jurisdicional se coloca numa posição de mediadora da realização das promessas constitucionais, tensionando a relação entre as funções do Estado. Procura-se investigar as mudanças ocorridas na jurisdição constitucional após a metade do século XX, bem como a superação ou não do positivismo jurídico pelo pós-positivismo, e se este pode ser aceito como paradigma jusfilosófico do novo Direito Constitucional, hábil a embasar a judicialização da política, o ativismo judicial, as funções contramajoritária, representativa e iluminista do STF. Após demonstrar a superação do modelo de Estado Liberal pelo Constitucional do Pós-Guerra, entende-se que não houve a superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo. Há, na verdade, uma compreensão equivocada dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, que nunca pretenderam conferir ao Judiciário funções outras que não a contramajoritária, mas que não pode ser exercida a partir de argumentos morais, pelo simples fato de que a ideia de pretensão de correção do sistema jurídico é incompatível com o sistema jurídico e com a ideia de democracia. A pesquisa se utilizará da revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial sobre o assunto, valendo-se de obras da Teoria do Direito, da Filosofia Política e do Direito Constitucional contemporâneo, vislumbrando uma análise dialética sobre a atuação do STF em relação ao sistema democrático.

Palavras-Chave: Ativismo. Democracia. Funções contramajoritária, representativa e iluminista. Pós-positivismo.

Abstract

The article intends to approach the counter-majoritarian, representative and enlightenment functions of the Supreme Court referred to by Minister Barroso's doctrine of effectiveness in securing an alleged potential for interference by the Supreme Court (STF) in the most varied questions of politics. The jurisdictional function places itself in a position to mediate the fulfillment of constitutional promises, tensioning the relationship between the functions of the State. The aim is to investigate the changes that occurred in the constitutional jurisdiction after the middle of the 20th century, as well as the overcoming or not of legal positivism by post-positivism, and whether it can be accepted as a jusphilosophical paradigm of the new Constitutional Law, capable of supporting judicialization politics, judicial activism, counter-majoritarian, representative and enlightenment functions of the STF. After demonstrating the overcoming of the Liberal State model by the Post-War Constitutional, it is understood that there was no overcoming of legal positivism by post-positivism. There is, in fact, a mistaken understanding of the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism, which never intended to confer on the Judiciary functions other than counter-majoritarian, but which cannot be exercised based on moral arguments, simply because the idea of pretending to correct the legal system is incompatible with the legal system and the idea of democracy. The research will use the bibliographic, legislative and jurisprudential review on the subject, drawing on works from the Theory of Law, Political Philosophy and contemporary Constitutional Law, envisioning a dialectical analysis of the STF's performance in relation to the democratic system.

Keywords: Activism. Democracy. Counter-majoritarian, representative and

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório que se vive a era do protagonismo judicial, não só no Velho Continente a partir de 1945, mas sobretudo no Brasil, após a Constituição Federal de 1988 (CF/88), com intensidade e profundidade jamais vistas na história constitucional brasileira. Em tempos de instabilidade democrática, é possível afirmar, com certa dose de certeza, que o Supremo Tribunal Federal (STF) é, atualmente, um dos Tribunais mais atuantes do mundo. Isso tem consequências profundas, aliás, no projeto constitucional de configuração da separação dos poderes, na dogmática jurídica, no regime democrático e na própria forma de aplicação prática dos direitos e garantias fundamentais.

Basta analisar a quantidade de processos ajuizados e julgados pelo STF anualmente. Apenas no ano de 2017, foram ajuizados 102.227 casos novos, sendo finalizados no mesmo ano 115.353, restando, ainda, os demais casos pendentes de julgamentos na Corte, além dos novos processos que foram ajuizados após o ano de 2017 e que não estão contemplados no Relatório Supremo em ação de 2018 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ], 2017).

Do ano de 2009 até o ano de 2017, houve substancial crescimento da quantidade de processos ajuizados no STF, apesar da redução da demanda em três anos: 2011, 2013 e 2016. No ano de 2009, o STF recebeu 63.732 processos, quantidade que variou entre 74.804 em 2010, 73.490 em 2011, 72.097 em 2012, 80.029 em 2013, 80.029 em 2014, 93.562 em 2015, 89.973 em 2016 e 102.227 em 2017. Ao lado disso, ampliou-se o campo temático de discussão para abranger matérias mais sensíveis à democracia, devidamente enfrentadas pela Corte, suscitando, com base na justificção, os limites entre a jurisdição constitucional e a política.

Os números e a diversidade de assuntos¹ decididos revelam que há, de fato, uma expansão quantitativa e qualitativa da atuação do STF. Em razão disso, é preciso investigar se há justificativa teórica e filosófica para os novos papéis desempenhados pelo STF na democracia brasileira, ou se representam apenas uma ideologia, um desejo ou uma

¹ Do total de 102.227 processos autuados em 2017 no STF, 12.476 (12,2%) não tinham qualquer assunto classificado; 60.476 (59%) tratavam de matérias de direito administrativo e outras matérias de direito público; 31.605 (31%) referiam-se a matérias de direito processual civil e do trabalho; 21.291 (21%) abordavam questões de direito tributário, 19.705 (19%) de direito processual penal e 19.125 (19%) de direito civil [...]. Entre os ramos mais frequentes destacam-se, também, direito previdenciário (17%); direito penal (10%); direito do trabalho (6%); e direito do consumidor (5%) (CNJ, 2017).

intromissão indevida do Judiciário na vida política dos indivíduos, na atuação e nas funções dos demais poderes do Estado.

Se outrora os poderes Legislativo e Executivo, cada um a seu modo e em momentos diferentes, foram proeminentes na definição dos valores da sociedade, especialmente no Continente Europeu, pode-se dizer que após as duas Grandes Guerras Mundiais (1914-1918 e 1939-1945), os Tribunais Constitucionais avocaram essa tarefa, a ponto de serem vistos como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade (MAUS, 1989).

O modelo de supremacia constitucional idealizado nos Estados Unidos, além de ter sido o mais adotado na Europa Ocidental e em outros países após 1945, sempre defendeu a ideia de que um sistema legal de efetiva proteção dos direitos fundamentais não pode conciliar os dois sistemas, supremacia legislativa e supremacia constitucional, que Gardbaum (2017, p. 221) considera “[...] necessariamente incompatíveis e mutuamente excludentes, ou seja, um sistema legal pode endossar uma ou outra, mas não ambas”, embora tenha havido um esforço de três países da Comunidade Britânica – Canadá (1982), Nova Zelândia (1990) e Reino Unido (1998) - para instituir “uma terceira via distinta e atraente”.

Essa constatação revela a necessidade de se estudar as causas dessa expansão e o referencial teórico que está por trás dessa nova forma de encarar a atuação e o protagonismo do STF, para, em um passo seguinte, verificar o seu acerto ou desacerto, que, ao menos em termos quantitativos, tem atraído muitos estudiosos do Direito. As críticas estão sendo ofuscadas pelos aplausos, desprovidas que se encontram do embasamento que só uma análise séria e profunda do referencial teórico e filosófico e dos argumentos utilizados para sustentar essa nova postura pode oferecer.

Em razão da importância desse assunto, impõe-se verificar se a dogmática não está sendo usada apenas para legitimar pré-concepções ou concepções nem sempre adequadas ou carregadas de excessivo grau de subjetivismo acerca do que se defende, sem qualquer aferição da legitimidade democrática, política, filosófica e da adequação ao Direito vigente.

Não se questiona a inegável importância do STF, especialmente em razão das especificidades da história constitucional brasileira, na proteção dos direitos fundamentais, da democracia e da soberania popular. O que se mostra relevante é saber o espaço dentro do qual o STF pode atuar sem que isso represente violação às competências

constitucionais, à separação de poderes, à democracia e ao equilíbrio institucional desejado pelo Constituinte e pela própria sociedade.

Portanto, a premissa básica do artigo é a de perquirir se o STF pode vir a exercer, na forma como vem fazendo, as funções representativa e iluminista, além da contramajoritária, desempenhada no contexto da judicial review brasileira. Daí a importância de se estudar, pois, o papel do STF numa democracia representativa e sua confluência com os demais poderes, não sendo suficiente e adequada para encerrar essa questão a retórica de que a constitucionalidade e a legitimidade do exercício das funções contramajoritária, representativa e iluminista podem se dar mediante o argumento, a fundamentação, como quer Luís Roberto Barroso (2017), atual Ministro do STF.

A pesquisa utilizará a técnica da revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial nas funções contramajoritária, representativa e iluminista, bem como na judicialização da política e no ativismo judicial, para, em seguida, realizar uma análise crítica e reflexiva desses “novos papéis” das Cortes constitucionais a que se refere o ministro.

2. MARCOS DA PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL: ASPECTOS PRESSUPOSTOS À ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO

A concepção do Estado de Direito simbolicamente vinculada às revoluções liberais do século XVIII significou, em toda a sua inteireza de complexidade e contradições, uma mudança paradigmática no que tange a conformação do poder e sua relação com o direito, mais propriamente com a constituição escrita, ao tempo em que a preservação das liberdades públicas e a limitação do poder pela descentralização das atribuições seriam considerados institutos elementares da teoria e da práxis constitucional.

É no início do século XVIII que a sociedade, insatisfeita com os arbítrios dos reis absolutistas, começa a ensaiar limites aos poderes do soberano, com a ideia de poder centrado na razão, e não mais na divindade, na separação harmônica de poderes e no reconhecimento do povo e da burguesia como sujeitos de direito, o Terceiro Estado, na obra do Abade Sieyès. Ao lado da nobreza e do clero, o povo e a burguesia passam a ter representantes no exercício do poder, introduzindo no sistema político a ideia de soberania popular e governo da maioria.

Esse desiderato foi alcançado com o Estado de Direito, que restou assentado na forma de um Estado Legislativo, em que a lei é produto de maior destaque, justamente por ser a expressão racional, abstrata e universal da nação. Daí a equiparação entre Estado

Liberal, Estado Legislativo e Estado de Direito, a expressar o mesmo significado: a lei como produto do parlamento e da razão popular. É nesse período que a história registra o aparecimento das constituições escritas, rígidas, dotadas de supremacia e lastreadas em referencial teórico técnico-científico, baseadas na razão humana e não mais na divindade.

No campo econômico, o Estado Liberal, que se identifica com o Estado Legislativo, restou marcado pela rígida separação da sociedade e do Estado, com a previsão de direitos e garantias fundamentais e a ideia de um Estado mínimo no domínio econômico, tudo com o propósito de preservar uma liberdade recém-conquistada, “sendo seu referencial teórico o positivismo exegético” (LOPES FILHO, 2016, p. 36).

No campo político, consolidou-se o sistema democrático representativo popular, a democracia parlamentar e o respeito incondicional à lei, criada pelo parlamento, composto de representantes do povo, com abstração, generalidade e força coercitiva para criar direitos e obrigações. É nesse período, 1804, que nasce a Escola da Exegese, com o propósito de interpretar o Código Civil napoleônico, que se valeu da lógica científica na metodologia da interpretação do direito.

A atividade judicial foi realizada com a aplicação da lógica formal ou dedutiva, desenvolvida por meio do silogismo. Aqui, a razão e o abstracionismo legalista foram levados tão a sério, conduzidos “[...] por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu” (FALCÃO, 2010, p. 156). É o “juiz boca da lei”. Interpretação adequada era, portanto, aquela na qual havia irrestrita subsunção do fato ao texto expresso da lei.

A lei não é apenas instrumento de limitação à atuação do soberano. É a incorporação e a materialização dos anseios populares, é o próprio povo no poder. É a expressão máxima da soberania popular (FERNANDES; BICALHO, 2011).

A experiência constitucional desse período revela que a manifestação do Poder Judiciário deve obedecer a parâmetros de justiça previstos na lei criada pelo parlamento, sendo vedado ao julgador se utilizar de parâmetros metajurídicos ou políticos para decidir. O sentido clássico da separação dos poderes determina que a atividade julgadora é regida pelos dogmas da neutralidade e da imparcialidade, sendo vedado ao julgador a criação do direito, visão que passa a ser questionada pelas teorias neoconstitucionalistas desenvolvidas a partir da metade do século XX.

Com esse sistema, há uma evidente locação de poderes para o parlamento, que passa a ser o responsável pelo respeito e cumprimento do pacto constitucional. Na batalha

dos poderes, o Legislativo sagrou-se vencedor, pelo menos no nível de confiança esmagadora da maioria do povo.

Mas havia uma explicação histórica para a limitação da atuação dos juízes: o fato de que muitos juízes haviam sido nomeados pela nobreza e pelo clero, representantes de uma classe que havia sido derrotada pelo povo e pela burguesia. Em razão disso, foram criadas limitações no campo jurídico para que as decisões judiciais espelhassem a soberania popular. Daí a necessidade de se criar um método de interpretação que respeitasse o sistema representativo popular, a democracia popular, a lei e a separação dos poderes.

O método escolhido foi o da subsunção, em que a aplicação do Direito se dá mediante processo lógico-dedutivo de subsunção dos fatos à lei, sendo esta a premissa maior, o fato a premissa menor e a sentença o resultado dessa construção lógica. Nessa lógica, a decisão já se encontra contida na premissa maior, ou seja, na lei (MAGALHÃES FILHO, 2011), cabendo ao julgador exercê-la de forma puramente neutra e imparcial.

O constitucionalismo moderno se desenvolveu no contexto das revoluções liberais do século XVIII e a promulgação das constituições após a Primeira Grande Guerra Mundial ensejou o surgimento do constitucionalismo social com o intuito de combater justamente os exageros do liberalismo econômico do século XIII, estruturado no princípio do *laissez faire*, *laissez passer*, *le monde va de lui même*. São exemplos de constituições desse período a Constituição mexicana de 1917, a Constituição alemã de Weimar de 1919, a Constituição austríaca de 1920 e a Constituição brasileira de 1934.

Esses direitos, longe de se situarem apenas no campo da abstração e contarem com a efetivação garantida pela mera abstenção estatal, exigem pronta intervenção ativa do Estado, ou seja, “[...] a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva [...]” (BOBBIO, 2004, p. 67). É nesse contexto que se verifica o fenômeno da ampliação horizontal da competência do Poder Judiciário, que passou a tratar de temas que antes estavam exclusivamente sob a responsabilidade política dos demais poderes.

Do Estado Liberal ou Estado Social, prevaleceu o pensamento jurídico clássico de que o Direito é produto da filosofia racionalista e que só seria verdade o que fosse aprovado pelo parlamento. Ao juiz cabia, simplesmente, o papel de aplicar essa “verdade” de forma metodológica, restrita à subsunção dos fatos à norma, e a revelar apenas o que já constava na norma criada pelo parlamento. Embora o Executivo não gozasse da mesma expressividade política e social, coube-lhe a tarefa de concretizar as promessas do Estado

Social do início do século XX, e que surgiram para amenizar os desacertos e as desigualdades deixadas pelo liberalismo econômico e político.

De certa forma, esses poderes (Legislativo e Executivo), cada um a seu modo e tempo, assumiram o protagonismo na execução dos objetivos sociais, econômicos e políticos dos séculos XVIII e XIX, especialmente a ideia de governo limitado pelo Direito, os direitos fundamentais, o regime liberal econômico, a soberania popular e o governo da maioria. Consolidou-se, pois, o constitucionalismo democrático, com acentuada participação dos poderes representativos (Legislativo e Executivo) na proteção e efetivação sobretudo dos direitos fundamentais.

Justamente em razão de uma promessa não cumprida, pelo menos da forma inicialmente desejada, é que se passou a defender, talvez desejar, a existência, a partir da metade do século XX, de um novo paradigma no Direito contemporâneo, em que as democracias contemporâneas passaram a instituir Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas, retirando do Executivo e do Legislativo e transferindo aos Tribunais ou Cortes a tarefa de efetivar, proteger e aplicar os direitos fundamentais, não mais à luz do pensamento jurídico clássico que se consolidou no final do século XIX, mas de novos “ventos”, para usar uma expressão de Barroso (2017), que será objeto de estudo no tópico seguinte.

É nesse contexto que emerge o juiz ativista, com repercussões na dogmática jurídica, especialmente nos dogmas da neutralidade e da imparcialidade judicial, na teoria da separação dos poderes e na figura do juiz, que deixa de ser neutro e imparcial, na forma desenhada pelo Estado Liberal, para assumir o papel de guardião dos direitos fundamentais. Entre as funções do juiz, estaria também a função política, ou como quer Barroso (2017), uma função representativa e iluminista, com responsabilidade política ao fazer juízos consequentialistas de suas decisões, manipulando, argumentativamente, o jogo democrático.

3. O PODER JUDICIÁRIO DO PÓS-GUERRA: A SUPERAÇÃO DO PENSAMENTO CLÁSSICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO (?)

Na visão de Suphen Gardbaum (2017), o fracasso óbvio e catastrófico da supremacia legislativa do constitucionalismo em evitar a tomada de poder pelos governos totalitários e as gritantes violações aos direitos humanos antes e depois da Segunda Guerra Mundial foram determinantes para a adoção do modelo judicial review por grande parte dos países.

Isso porque, defende Barroso (2017, p. 10), a premissa ideológica não resistiu ao tempo. Da metade do século XX, “novos ventos passaram a soprar por aqui, tanto na academia quanto na jurisprudência dos tribunais, especialmente no STF”, provocando a superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico e a transformação na forma como se pensa, estuda e aplica o Direito no mundo contemporâneo e, sobretudo, no Brasil. Essas transformações podem ser resumidas da seguinte forma:

(i) superação do formalismo jurídico, por entender que o Direito não é expressão de uma justiça imanente, mas de interesses dominantes em determinado momento e lugar, e que a grande maioria das respostas não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico. Cabe ao intérprete construir argumentativamente a solução para os problemas jurídicos;

(ii) de uma cultura jurídica pós-positivista, por entender que, “se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar”, que pode ser na Moral, na Filosofia, na Política, nas Ciências Sociais Aplicadas, na Economia, na Psicologia e nos princípios, com inspiração na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimidade democrática. Procura-se, pois, uma reaproximação prática a ser conduzida pelo juiz entre o Direito, a Moral e a Ética, e acabar com a superação do individualismo pelo positivismo em relação às demais ciências do conhecimento.

(iii) por fim, a ascensão do Direito Público e a centralidade da Constituição. Na visão de Barroso (2017), a teoria jurídica do século XIX foi construída tendo por base as categorias do Direito Privado, com a interpretação sendo feita a partir do Código Civil francês de 1804 e do Código Civil alemão de 1900. Contudo, a partir do final do século XX, com a proliferação de normas públicas, a interpretação passou a ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos princípios, importando que toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional.

Na linha de raciocínio desse autor, o caráter político das constituições representava apenas um convite à atuação dos Poderes Públicos, especialmente do Legislativo e do Executivo. Com o Pós-Guerra, o Direito Constitucional passou por profundas mudanças, entre elas o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da nova hermenêutica e de novas categorias para a interpretação constitucional, em razão da insuficiência da interpretação tradicional para lidar com os casos difíceis, que são aqueles para os quais não há soluções pré-prontas no Direito Positivo.

Além desses eventos, Barroso (2018, p. 222) sustenta que há causas de natureza

diversa que justificam a ascensão do Judiciário, a judicialização e o ativismo judicial:

A primeira delas foi o reconhecimento, após a 2ª Guerra Mundial, da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, para a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito. A segunda causa envolve uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização de drogas leves, como a maconha.

O autor cita que também há razões estratégicas de natureza política para o fortalecimento das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, desta feita citando as pesquisas de Tom Ginsburgh e Ran Hirschl (2018, p. 222):

Duas teorias geraram debates mais intensos. Uma delas, fundada em relevante estudo de Cortes do Leste Asiático feito por Tom Ginsburgh, é a de que o fortalecimento das Cortes, sempre associada ao entrenchamento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições, é feito como uma forma de “seguro político”. Elas seriam uma solução para o problema da incerteza política sobre o impacto distributivo futuro de novas instituições e direitos. Outra explicação é oferecida por Ran Hirschl, que afirma que o fortalecimento desses tribunais é uma forma encontrada pelas elites de preservar sua hegemonia em um futuro incerto. Adiante se voltará ao ponto. Por ora, o que se pretende enfatizar é que esta posição proeminente assumida por juízes e tribunais deu lugar ao fenômeno da judicialização.

Para sustentar e legitimar a atuação das Cortes Constitucionais, Barroso se vale, principalmente, da obra de Robert Alexy, mas especificamente, da natureza dupla do Direito, que teria uma dimensão real ou fática e outra ideal. A dimensão real ou fática seria a validade formal e a eficácia social da norma. A dimensão ideal seria a correção moral do direito. Nas palavras do autor (2017, p. 11), “ao se agregar a ideia de correção moral como um terceiro elemento, ao lado da validade e da eficácia social, supera-se o conceito positivista de Direito”.

Apesar de Barroso utilizar o neoconstitucionalismo e o seu referencial teórico, que é o pós-positivismo, para atribuir ao Poder Judiciário novas funções, é preciso deixar claro que a ideia de um constitucionalismo discursivo baseado na razão e na correção (abordagem prescritiva do Direito) não encontra apoio unívoco na doutrina, o que, por si só, justifica um estudo profundo acerca da real necessidade e da própria sustentação dogmática desses novos papéis atribuídos à jurisdição constitucional, difundindo a contraposição argumentativa sobre a questão.

Isso porque uma abordagem descritiva do Direito não se mostra impossível e não

há razões históricas e filosóficas que possam conduzir ao sentido de que ela se mostra inferior à abordagem prescritiva ou que deva ser abandonada. Ao contrário, há razões fortíssimas para dizer que o emprego da abordagem prescritiva tem causado mais discussões políticas e jurídicas, insegurança jurídica e instabilidade institucional do que propriamente previsibilidade, segurança e harmonia entre os poderes.

A partir dela (correção moral), há uma postura deliberada e questionável de subtração do poder ou até mesmo de substituição das razões adotadas pelo Legislativo, com excessivo fortalecimento da atuação judicial e uma injustificável exclusão da participação do Poder Legislativo na satisfação das novas demandas e exigências sociais.

Não é por outra razão que Almeida (2012, p. 6461) é claro ao afirmar que “a febre ‘pós-positivista’ não é, como as publicações brasileiras fazem parecer, um fenômeno mundialmente aceito”. Continua o autor, explicando que “[...] demonstraremos que o positivismo jurídico, longe de ter sido superado, está em constante evolução, como qualquer outra teoria. Enfim, que se trata de uma teoria que deve ser levada a sério e estudada em sua iluminação atual [...]” (grifou-se).

Por isso, Santos (2018) e Dimoulis (2009) reforçam a inexistência de um verdadeiro neoconstitucionalismo, pelo simples fato de a quase totalidade de suas teses já terem pautado a discussão que as diversas facetas² do positivismo jurídico travaram nos séculos XIX e XX, tendo o próprio positivismo reconhecido o exagero do postulado extremamente legalista e formalista da Escola da Exegese, a ponto de Almeida (2012, p. 6469) sustentar que “o positivismo exegético foi uma realidade contingente, estranha à esmagadora maioria das teorias positivistas, estando hoje totalmente desacreditado”.

Para conclusão dessa primeira crítica feita à abordagem prescritiva do Direito de Barroso para fundamentar os novos papéis do STF, basta dizer que a tese central do neoconstitucionalismo é o “retorno messiânico da conexão necessária entre moral e Direito” (SANTOS, 2018, p. 51). Mesmo no ponto em que prega uma aproximação necessária entre o Direito e a Moral, o neoconstitucionalismo não conseguiu sair da sombra do positivismo jurídico, que tem apresentado versão bem mais trabalhada do que a perspectiva

² A identificação das diversas facetas é importante para se compreender que o positivismo jurídico não é uma teoria que apresenta um único sentido universal e invariável, ou seja, não é um bloco monolítico, para usar uma expressão de Bobbio (1995), mas a reunião de várias teorias fundamentais e independentes, que se remodelaram ao longo dos dois últimos séculos. Esses vários aspectos podem ser chamados de positivismos jurídicos, cada um a revelar um sentido próprio e independente. Talvez tenha sido esse o maior erro do neoconstitucionalismo - realizar uma crítica generalista sem distinguir qual aspecto do positivismo foi submetido à propaganda superação pelo pós-positivismo.

embrionária do positivismo exegético.

E a resposta para essa incapacidade não é tão complexa: a partir do debate entre Hart e Dworkin, o próprio Hart passou a admitir plenamente que a regra de reconhecimento pode estabelecer critérios formais e materiais para dizer o que é ou não é Direito, implicando que a validade da norma depende de critérios morais quando o Direito assim o desejar, tratando-se de faculdade de validade, e não de critério obrigatório, como deseja o pós-positivismo, que foi denominado por Hart (2009, p. 323) de “positivismo branco” (soft positivism).

Feito isso, é preciso, então, destacar o que tem justificado, do ponto de vista teórico e filosófico, a expansão do papel da jurisdição constitucional no período do Pós-Guerra. De fato, não se pode utilizar o referencial teórico do neoconstitucionalismo, que é pós-positivismo, pois, como já dito em trabalho publicado em parceria com Lopes Filho e Cidrão (2018, p. 360):

Enfim, o pós-positivismo é uma não-teoria, porque se opõe apenas a uma versão simplória ou mesmo posta como espantinho de um positivismo ainda vinculado ao formalismo e ao legalismo, que não é – e talvez nunca tenha sido – definido com maior rigor teórico pelos próprios positivistas.

Na verdade, o formalismo jurídico é a alma do ancestral positivismo exegético, que foi superado ainda no terço do século XIX pela Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses, da Jurisprudência dos Valores e do realismo jurídico americano das décadas de 1920 e 1930, cujas ideias foram absorvidas pelas diversas facetas do positivismo, especialmente pelo Positivismo Normativista de Hans Kelsen, conquanto não o tenha sido em sua integralidade ou nos moldes desejados por cada uma das escolas.

A ênfase da doutrina de Kelsen não está em elementos metafísicos, mas sim na semântica (STRECK, 2011). Sua preocupação está na interpretação do direito realizada pela Ciência do Direito, interpretação jurídico-científica, e não na interpretação realizada pelos juízes, advogados e operadores do direito, interpretação jurídico-política, o que implica dizer que continua fiel à natureza descritiva do direito, como ele é, e não como ele deve ser, prescritiva, cuja abordagem ficou a cargo de Ronald Dworkin, que ficou conhecido como um interpretativista, justamente por pretender realizada uma correção moral do direito no momento da sua aplicação pelo juiz.

Da mesma forma, a ideia de neutralidade do direito defendida pela abordagem descritiva também se faz necessária para a preservação da própria integridade e força normativa do Direito, que não passaria de vassalo da Moral se dependesse dela para

preservar sua autoridade. Deixar ao arbítrio de cada pessoa definir o que é obrigatório ou não, ou seja, o que é direito, não é o melhor dos caminhos, já que não se pode defender uma autoridade e ao mesmo tempo depender da alteridade para ser exercida ou imposta. O que seria então do Sol se dependesse da Lua para brilhar? Assim, como defende Hans Kelsen (2009, p. 76), “[...] a validade de uma norma jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”.

Além disso, a crítica de Barroso no sentido de que o positivismo jurídico pretende uma objetividade na identificação do direito (sentido unívoco das leis) e a completude do ordenamento jurídico também não deve prosperar, justamente pelo fato de se opor a uma vertente embrionária do positivismo jurídico – positivismo exegético – que não é defendida ou aceita desde 1930. Aliás, o próprio Hart (2009) é claro ao afirmar que as normas podem apresentar uma penumbra de incerteza ou uma textura aberta, o que já é suficiente para afastar a ideia de objetividade e completude do ordenamento jurídico, pois, nesses casos, o direito é fundamentalmente incompleto.

Com isso, pode-se afirmar, portanto, que o ponto central da tese de Barroso é pensar, agir e aplicar o direito como um não positivista. Apostar na ideia de correção moral do direito e das decisões judiciais, na vinculação necessária entre o Direito e a Moral e na destruição dos muros que separam o Direito da Política e da Moral. E essa correção deve ser feita pelas Cortes Constitucionais, no Brasil representadas pelo STF, que teria legitimidade para exercer as funções contramajoritária, representativa e iluminista. Será?

A função contramajoritária significa a possibilidade de a Corte declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Legislativo e Executivo, que foram eleitos pelo voto popular. Já a função representativa, “trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional” (BARROSO, 2017, p. 15). A função iluminista, por fim, seria exercida quando fosse necessária para promover determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária (BARROSO, 2018).

Esse é o destino final perseguido pelo autor. Para chegar até ele, teve que sustentar as seguintes premissas básicas: (a) a superação do formalismo jurídico; (b) o advento de uma cultura jurídica pós-positivista; (c) a ascensão do Direito Público e a centralidade da constituição; (d) o reconhecimento de força normativa à Constituição; (e) a expansão da jurisdição constitucional; e (f) o desenvolvimento de uma norma hermenêutica e de novas categorias para a interpretação constitucional.

É preciso deixar claro que o marco histórico utilizado pelo autor parte da metade do século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, e da criação dos Tribunais Constitucionais Europeus, Alemanha (1951), Itália (1956), Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993).

Isso implica dizer que o sistema político anteriormente vigente era o da Supremacia do Parlamento, baseado na supremacia do parlamento de concepção francesa. Após o final da década de 40 do século XX, inaugurou-se, em sua visão, um novo modelo constitucional, desta feita com a ideia de supremacia constitucional, de origem americana. Essa guinada provocou uma profunda mudança nos regimes políticos, democráticos e nos direitos fundamentais, que passaram a encontrar na Constituição e nos Tribunais Constitucionais, e não mais no Parlamento, a necessária proteção e confiança.

O Judiciário passa, pois, da irrelevância ao protagonismo. Não é por outra razão que as propostas contidas nas constituições políticas (e não jurídicas) ficavam condicionadas à atuação do Legislativo ou à discricionariedade do administrador (Executivo), sendo reconhecida ao Judiciário qualquer relevância na concretização dessas propostas (BARROSO, 2005).

Nessa linha, Barroso (2005) afirma que o Brasil não teria propriamente uma história constitucional, mas uma pré-história constitucional, sendo a Constituição de 1988 o marco zero de uma nova perspectiva histórica constitucional, de modo que os estudiosos da teoria constitucional deveriam se voltar para o constitucionalismo americano e europeu para interpretar e aplicar o regime constitucional inaugurado no Brasil na década de 1980.

Essa visão não é, contudo, compartilhada apenas pelos autores deste trabalho. Os autores Lynch e Mendonça (2017, p. 1001), por exemplo, contestam a ideia de que a história constitucional deve ser marcada pela ruptura com o nosso passado constitucional, e se voltar exclusivamente para o constitucionalismo europeu e americano. Para esses autores, “a Constituição de 1988, para ser bem compreendida, pode e deve ser estudada também à luz de suas antecessoras, sem que isso implique, decerto, nenhuma interpretação retrospectiva”.

Portanto, basicamente, o que referencia a teoria constitucional discursiva de Barroso é o que foi produzido após a metade do século XX, à exceção da teoria da Supremacia Constitucional, que teve origem em 1803, no julgamento do caso *Marbury v.*

Madison (UNITED STATES SUPREME COURT, 1803), com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas (BONAVIDES, 2003) que marca, justamente, a supremacia da Constituição e a afirmação do Poder Judiciário na preservação dessa supremacia.

Apesar de o autor (BARROSO, 2005) defender que a força normativa da Constituição só foi alcançada em sua plenitude com o neoconstitucionalismo, e que antes disso havia apenas constituições políticas, os livros demonstram que a supremacia das constituições não é novidade do século XX e que o constitucionalismo europeu pouco inovou no Estudo da Teoria Constitucional ou não é suficiente para justificar a expansão do Poder Judiciário, pelo menos na forma pretendida no Brasil. Nesse sentido é a lição de Bruno Aguiar Santos (2018) e Dimitri Dimoulis (2009), por exemplo.

No campo das teorias políticas, o citado autor utiliza, ainda, o referencial teórico do substancialismo fraco em detrimento do procedimentalismo fraco para justificar a intervenção do Poder Judiciário na vida política. Para o substancialismo fraco, as democracias contemporâneas demandam um judiciário mais ativo, inclusive com legitimidade para decidir sobre questões políticas gerais, que deveriam ser decididas no âmbito dos poderes representativos.

Assim, a judicialização da política seria mais um instrumento de reforço à lógica democrática (VERBICARO, 2011), com o necessário alargamento do papel da jurisdição constitucional, que teria um papel importante na aplicação material da Constituição, é dizer, teria a incumbência de velar pela efetivação dos princípios, valores, fundamentos e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O procedimentalismo fraco, por sua vez, embora reconheça a importância do judiciário na proteção dos fundamentos, objetivos, valores, princípios e políticas públicas gerais da Constituição, confere especial relevância e primazia à dimensão procedimental, ou seja, a regra da maioria republicana e democrática, que é a única capaz de proteger igualmente os interesses de todos e valorizar a iniciativa e a dignidade de todos os envolvidos, que são vistos como sujeitos ativos e agentes condutores de iniciativa e liberdade. No Brasil, é imperioso concluir que o STF tem se aproximado mais de uma vertente substancialista do que procedimentalista (OLIVEIRA, 2018).

Embora Barroso não se intitule um procedimentalista ou um substancialista, não é preciso muito esforço para concluir que o que ele prega se distancia muito do que defende um procedimentalista e se aproxima muito do que defende um substancialista, a exemplo

de Ronald Dworkin, o qual entende que a jurisdição constitucional também é um espaço legítimo e democrático de manifestação do poder político, embora essa manifestação se limite a proteger direitos e liberdades fundamentais previstas na Constituição, sem que se possa alcançar diretrizes políticas gerais traçadas pelos poderes representativos (DWORKIN, 2005).

4. UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS NOVOS PAPÉIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: FUNÇÕES CONTRAMAJORITÁRIA, REPRESENTATIVA E MAJORITÁRIA (ILUMINISTA)

Se o pós-positivismo na forma como tem sido pregado e aplicado no Brasil não pode ser utilizado pelo justificar as funções representativa e iluminista da jurisdição constitucional, justamente em razão dos seus graves déficits democráticos e do alto risco de tirania judicial (TORRANO, 2019), o que restaria para justificar, do ponto de vista teórico, filosófico e político, a expansão da jurisdição constitucional? Na visão de Barroso (2018), seriam a necessidade de um judiciário forte e independente e a desilusão com a política majoritária. A consequência disso, seriam a judicialização da política e das relações sociais e o ativismo judicial, como exigências da própria Constituição, e não meras ideologias do julgador.

Aqui o autor se alinha à doutrina de Hans Kelsen, que defende o Poder Judiciário como guardião da Constituição, muito embora o STF não tenha o mesmo desenho das cortes constitucionais europeias, por exemplo, forma de escolha de seus membros, especialmente o Tribunal Constitucional Austríaco de 1920, que foi o primeiro tribunal constitucional criado para exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Afasta-se, pois, da doutrina de Carl Schmitt, o qual defendeu a supremacia do Executivo como guardião da Constituição de Weimar, por entender que “o presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária” (SCHMITT, 2007, p. 232).

Passa-se, pois, a discutir os novos papéis do Judiciário que surgiram após a metade do século XX, no período Pós-Segunda Guerra Mundial, bem como analisar a fundamentação utilizada para justificar essa ampliação. Também serão refutados os argumentos utilizados pela doutrina, especialmente a doutrina de Barroso, para sustentar as novas funções representativa e majoritária do Poder Judiciário brasileiro.

Para evitar repetição desnecessária, procura-se analisar e refutar tão somente os argumentos que não foram ventilados para pregar a superação do positivismo pelo pós-

positivismo, que não ocorreu, como visto. Basicamente, serão analisados os argumentos da teoria política e constitucional utilizados por Barroso para tentar justificar os novos papéis conferidos à jurisdição constitucional, a partir da metade do Pós-Guerra do século XX, que seriam as funções representativa e majoritária.

As funções representativa e iluminista são exercidas com amplo apoio na judicialização da política e no ativismo judicial, e se situam numa relação limite entre o Direito, a Democracia e a Política, sob o argumento de que o Poder Judiciário teria autorização constitucional para realizar uma interpretação corretiva e modificadora da lei, até mesmo com possibilidade de criação de direito não previsto em lei (GARAU; MULATINHO; REIS, p. 2015), sem que tal postura possa ser considerada violadora da separação dos poderes, da legalidade constitucional e do regime democrático constitucional.

A judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos que não se confundem (OLIVEIRA DE SÁ; BONFIM, 2015). Apresentam origem histórica diversa e buscam fundamentação igualmente em razões diversas, apesar de serem frequentemente utilizadas na prática jurídica brasileira para justificar a aproximação do Direito e da Política, bem como para legitimar a atuação política do Poder Judiciário, sem uma análise adequada das peculiaridades e do contexto político dos países onde foram desenvolvidos, e até mesmo dos países nos quais serão aplicados. O sistema jurídico brasileiro é, por exemplo, de tradição jurídica de civil law, enquanto o sistema jurídico americano é de tradição do common law. Essa confusão tem contribuído, e muito, para uma postura decisionista do Judiciário (ativista). Por isso, faz-se necessário distinguir a judicialização da política do ativismo judicial.

A expressão “judicialização da política” foi utilizada pela primeira na literatura constitucional por Vallinder T. e Tate C. Neal, na obra *The Global expansion of judicial power*, de 1995. Nessa obra, a expressão judicialização da política tem um sentido de horizontalidade, e não de verticalidade (SANTOS, 2018, p. 102), o que já é um importante sinal indicativo de que o Judiciário não está em melhor posição do que as instâncias eleitas para ser considerado o melhor intérprete do sentimento majoritário ou que o ativismo judicial seja a melhor forma de interpretação da Constituição.

Para Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper (2015), a judicialização da política é uma questão social, fruto da passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, que se iniciou com a ampliação de direitos, passou pela

ineficiência do Estado em efetivá-los e terminou com o aumento da litigiosidade.

Portanto, é um fenômeno natural que, no Brasil, se deu em razão: (i) da redemocratização do país; (ii) da constitucionalização abrangente, com a previsão na Constituição de matérias antes sob o crivo dos poderes políticos ou da legislação infraconstitucional; e (iii) do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é considerado um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 2005). Trata-se, portanto, de um “rearranjo institucional que a democracia exige para que os direitos sejam respeitados” (OLIVEIRA DE SÁ; BONFIM, 2015, p. 176).

Embora pareça trivial, é preciso destacar que a judicialização guarda íntima relação com a expansão horizontal do conteúdo da Constituição, sem qualquer pertinência ou justificativa com uma suposta superioridade hierárquica ou vertical do Poder Judiciário sobre os demais poderes políticos. Daí a advertência de que o Poder Judiciário não pode se colocar ou ser considerado o melhor intérprete da Constituição ou dos direitos fundamentais, pelo simples fato de que na democracia constitucional não é possível o emprego de argumentos políticos para decidir questões jurídicas. Pensar o contrário é o mesmo que admitir a supressão das instâncias políticas e de representação pela atuação do Judiciário, o que não é sequer cogitado até mesmo pelos mais fervorosos defensores da expansão da jurisdição constitucional.

Na verdade, o que Barroso (2005) ensina como sendo características do marco teórico do neoconstitucionalismo – expansão da jurisdição constitucional e judicialização da política - são, na verdade, características da constitucionalização, a que Riccardo Guastini (2003) chamou de constitucionalização do ordenamento jurídico no trabalho *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, publicado em 2009 no livro *Neoconstitucionalismo(s)*, organizado por Miguel Carbonell.

Logo, não se pode utilizar o pensamento desse autor para sustentar que o Judiciário está autorizado a decidir com base em políticas ou adotar posicionamentos ativistas, representativos ou iluministas, tendo em vista que o poder exercido pelo Judiciário não se encontra legitimado pelo voto (OMMATI, 2019) e, sobretudo, porque a judicialização é apenas o resultado de um constitucionalismo social, do qual não se pode retirar a legitimidade para se decidir com base em argumentos políticos ou ativistas. A judicialização é, como definem Mariana Oliveira Sá e Vinícius Bonfim (2015, p. 179), “[...] uma demanda social que é ocasionada por reivindicações de direitos, acarretando aumento de litigiosidade”.

O ativismo judicial, por sua vez, teve origem no direito norte-americano no contexto político do Estado Social. Surgiu pela primeira vez em 1947, e foi citado pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., que não possui formação jurídica, em um artigo publicado na revista *Fortune* sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal (KOERNER, 2013), e significa uma “conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições” (STRECK, TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 56).

No contexto americano, o ativismo judicial possui uma conotação pejorativa, a revelar que o juiz não possui consciência política dos limites de sua atuação no sistema de separação dos poderes. Não é algo bom, portanto. No Brasil, porém, ativismo judicial é característica de um juiz progressista, iluminista e atento aos anseios populares. Não é por outra razão que se fala em um ativismo à brasileira³.

Trata-se, portanto, de postura de que está associada ao exercício do poder além de sua competência institucional, que se utiliza da moral e da política na interpretação e na aplicação do direito para expandir sua atuação sobre os demais poderes do Estado, como se fosse órgão de representação política. É um movimento consciente, um ato de vontade, que se utiliza da correção moral para apresentar o ativismo judicial como algo bom, salutar à democracia e à proteção dos direitos fundamentais, como se os poderes políticos fossem predadores dos direitos fundamentais e da democracia. Não é por outra razão que Barroso (2012, p. 25) define o ativismo judicial como “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance”.

Justamente por permitir o emprego de argumentos políticos e morais no exercício de sua competência e possibilitar decisões discricionárias e decisionistas, o ativismo judicial⁴ não se mostra compatível com o projeto de democracia constitucional brasileiro. Para Ronald Dworkin (2002, p. 36), há diferença fundamental entre princípio e política, que não pode ser desprezada pelo Judiciário, sob pena de violação ao regime democrático e às instâncias de representação política. Princípio é “um padrão que deve ser observado, não

³ Clarissa Tassinari (2015) adverte que na doutrina brasileira não há consenso sobre o conceito de ativismo, que pode ser visto como um protagonismo judicial exagerado e como um critério de conveniência.

⁴ Garau, Mulatinho e Reis (2015) concluem que o ativismo judicial é um fenômeno que surge em uma **democracia de baixa intensidade** e revela uma verdadeira **ideologia da competência**. A democracia com baixa intensidade significa que os regimes políticos e democráticos estão centrados no voto, mas com baixo nível de participação efetiva do cidadão. Há democracia do ponto de vista formal, mas não do ponto de vista material, com real participação. A ideologia de competência significa que a sociedade está dividida entre os que possuem competência técnica e os que não possuem. Os que não possuem devem obedecer aos que possuem competência técnica. A política é vista como questão técnica a ser exercida pelos profissionais, reduzindo a participação popular ao momento do voto.

porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Já a política “é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (2002, p. 36). Pode-se dizer, pois, que um princípio pretende garantir à minoria igualdade, liberdade, devido processo legal ou alguma outra forma da dimensão da moralidade. Em contrapartida, a política se destinar a proporcionar alguma melhoria ou utilidade à comunidade.

Essa diferenciação serve para deixar claro que o Poder Judiciário não pode decidir com base em política, porque essa tarefa foi delegada a quem foi eleito pelo voto popular, o que verdadeiramente não é o caso dos membros do Poder Judiciário, que não foram escolhidos pelo voto e não têm seus cargos renovados periodicamente, a exemplo do que ocorre com a maioria dos membros das cortes constitucionais europeias. Por isso Dworkin (2005, p. 101) afirma que:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre que direito as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral – e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Quando o Poder Judiciário decide com base em política, além de avocar a competência dos demais poderes, o que já é uma atuação preocupante, ilegítima e antidemocrática, provoca insegurança e desprestígio dos poderes políticos que, a despeito de terem sido eleitos, têm suas razões constantemente afastadas pelo Judiciário, mesmo inexistindo critérios ou parâmetros objetivos para demonstrar que o Judiciário se mostra em melhor posição do que as instâncias eleitas para representar os anseios e as demandas sociais.

Ora, o simples fato de um juiz ser selecionado por concurso público e gozar do benefício da vitaliciedade no cargo público, que são características utilizadas por Barroso (2018) para defender a função representativa, não é suficiente para afirmar que as Cortes Constitucionais são mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais, ainda mais porque as decisões políticas devem ser tomadas no âmbito político, que tem amplo conhecimento da realidade social, cultural, econômica e política do país.

Na democracia constitucional, o poder que está mais próximo do povo e possui aptidão para melhor expressar o sentimento da maioria é o Legislativo, até porque o Poder Judiciário não está a salvo das críticas de legitimidade, representatividade e funcionalidade que são feitas aos poderes políticos. Na verdade, especificamente no Brasil, o Judiciário é tão ou mais criticado do que os poderes políticos, e poucos são os instrumentos utilizados pelo Judiciário para democratizar a interpretação da Constituição, à exceção do *amicus curiae*, pouco utilizado e que não se mostra adequado para legitimar decisões políticas.

O fato de a jurisdição constitucional ter tomado decisões que contaram com amplo apoio da maioria da população brasileira não é critério técnico-jurídico ou seguro para concluir que o Judiciário está em melhor condição de captar o sentimento majoritário. Isso porque não há como avaliar o índice de aceitação ou rejeição de cada decisão. Além de não existir no Brasil estudo voltado a examinar o grau de aceitação ou rejeição popular das decisões do STF, não é pelo grau de reprovação ou aceitação que se analisa a qualidade da jurisdição constitucional. Esse juízo valorativo é próprio das instâncias políticas, e não do Poder Judiciário.

Da mesma forma que há decisões judiciais que contam com ampla adesão da sociedade civil, v.g., proibição do nepotismo no âmbito dos três poderes (ADC 12, Rel. Min. Ayres Brito, Dje 18.12.2009, e Súmula Vinculante nº 13), proibição de financiamento privado das campanhas eleitorais (ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 24.02.2016) e a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo ainda pendente de julgamento de recursos especial e extraordinário (STF, Pleno HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, Dje 07.02.2017; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.10.2016), para citar exemplos de Barroso (2018), há decisões que foram severamente criticadas pela sociedade, por exemplo, a que considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas instituída no artigo 4º da Emenda Constitucional 41/2003 (ADI 3505), e a que reconheceu uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, que passaram a gozar do mesmo regime jurídico aplicável às uniões heteroafetivas (ADI 4277, Rel. Min. Ayres Brito, Dje 14.10.2011) ⁵.

⁵ Aliás, a decisão do STF (ADI 4277, Rel. Min. Ayres Brito) que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, além de não contar com o apoio da grande parte da doutrina, ainda ocasionou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que tratou da sucessão do companheiro de forma diferente da sucessão do cônjuge, que se encontra no artigo 1.829 do Código Civil. Ora, o artigo 1.790 do Código se encontrava em sintonia com o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual diz que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher

Aliás, a própria decisão do STF que possibilitou a prisão após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo ainda pendente de julgamento de recursos especial e extraordinário (Habeas Corpus nº. 126.292/SP), não contou com ampla aprovação da maioria da população, principalmente dos estudiosos do Direito, por violar o artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, o que também pode ser visto no julgamento da Reclamação Constitucional 4.335 do Estado do Acre, que também violou o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, sob o argumento de que houve no citado artigo e inciso mutação constitucional, e na decisão do julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, que julgou inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gestão efetivada no primeiro trimestre da gravidez, que se utilizou de argumentos morais e políticos para tratar de um tema que havia sido tratado pelo Código Penal, nos artigos 124 e 126. Da mesma forma, pode-se citar, ainda, a decisão que autorizou a interrupção de gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF).

Nesses casos, o que se viu foi um perigoso, descontrolado e ilimitado decisionismo judicial para afastar a legalidade constitucional, suprimir instâncias políticas e impor no seu lugar valores políticos e morais pessoais do próprio julgador, numa clara e evidente intromissão nas escolhas políticas feitas pelo próprio Poder Constituinte. Nos exemplos citados, nem mesmo a legalidade constitucional, apesar da clareza solar dos textos, foi capaz de conter o ativismo judicial, controlar o subjetivismo e impedir o decisionismo judicial.

Igualmente, também se pode dizer que a função iluminista das cortes seja capaz de superar os bloqueios institucionais e empurrar a história (“motor da história”). Para ilustrar a função iluminista, Barroso (2018) cita o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, a quem estendeu o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas (ADI 4277), a declaração de inconstitucionalidade da vaquejada (Adin 4983) e a inconstitucionalidade do crime de aborto (HC 124.306) até o terceiro mês de gestação, em respeito à autonomia, à integridade física e psíquica e à

como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Ora, a Constituição Federal foi clara ao diferenciar união estável de casamento, de modo que andou bem o Código Civil ao tratar o regime sucessório de forma diversa, em artigos separados, no caso, o artigo 1.790 do CC/2002 para a união estável, e o artigo 1.829 do CC/2002 para o casamento. Nesse caso, não se pode dizer que o STF exerceu uma função representativa ou iluminista. O que houve, na verdade, foi uma atuação *contra legem*. Daí o acerto da observação de Otavio Luiz Rodrigues Junior (2010, p. 29) de que “esse modelo de utilização discricionária e *contra legem* dos textos normativos, até mesmo da Constituição, dá margem a graves desvios lógicos. Invoca-se a Constituição, certos ‘princípios’ ou ‘valores constitucionais’, para desfazer de regras de inquestionável univocidade semântica. Esse abuso chega ao extremo de se voltar contra a própria Constituição”.

igualdade da mulher, bem como a autorização de interrupção de gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF).

O autor destaca, ainda, que o Tribunal decidiu em desacordo com a posição dominante da população e do Legislativo. E que, lamentavelmente, adjetivo do autor, após a decisão do STF, foi promulgada pelo Legislativo uma Emenda Constitucional a favor da vaquejada.

O próprio autor revela que essas decisões não contaram com o apoio da maioria da população brasileira, o que já é um indicativo de que nem sempre o STF julga de acordo com o interesse popular, e nem deveria. Se assim não julga, como é possível afirmar que a Corte Constitucional está mais próxima do povo e por isso possui aptidão para melhor expressar o sentimento da maioria do que o Legislativo, se são proferidas decisões contra o interesse da maioria, como ocorreu no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar? O critério a ser utilizado para avaliar uma decisão judicial como boa ou ruim jamais pode ser a menor ou maior aceitação popular. Não importa se a decisão é boa ou ruim, o importante é que esteja de acordo com a Constituição.

Do mesmo modo, não parece razoável aos autores deste artigo criticar o Congresso Nacional pelo simples fato de ter se manifestado a favor da vaquejada. Ora, legislar não seria a função precípua do Congresso? Por que criticá-lo? Seria mesmo o Judiciário o seio adequado para se discutir a constitucionalidade ou não de uma manifestação cultural nordestina? Por que razão 11 ministros teriam melhores condições para avaliar uma prática cultural exercida por milhares de pessoas? Destaque-se, ainda, que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, em que se adota uma decisão da corte (*per curiam decisions*) com publicidade restrita (PÁDUA, 2015), no Brasil a opinião da corte é obtida pela maioria dos votos de cada ministro (*seriatim decisions*), lidos e defendidos em sessão transmitida pela TV Justiça e pelos canais abertos e fechados de televisão.

Não é difícil imaginar que há acirrados debates nos quais cada ministro tenta fazer prevalecer suas convicções morais, políticas, religiosas e ideológicas, nem sempre coincidentes com o que se encontra no texto constitucional. Há uma verdadeira competição entre os Ministros. E não é difícil presumir que ninguém quer “perder” ou “ser vencido”.

Na verdade, o STF não andou bem ao equiparar a prática da vaquejada com a “farra do boi” e a rinha de galo, que são manifestações proibidas pela jurisprudência da própria Corte, o que não é o caso da vaquejada, que tinha inclusive histórico legislativo de autorização e consentimento. Ao declarar inconstitucional a prática da vaquejada, o STF

não se ateu ao dever de coerência e de integridade, até porque se utilizou da doutrina de Ronald Dworkin para julgar pela inconstitucionalidade da lei da vaquejada, que defende justamente a ideia de coerência e integridade legislativa e judicial. Nesse sentido é o posicionamento de Lopes Filho e Cidrão (2018, p. 158):

Conclui-se que a decisão acerca da inconstitucionalidade da lei da vaquejada não se ateu à coerência com a linha de julgados da Corte, porquanto mal considerou a similaridade hermenêutica com os precedentes da “farra do boi” e da rinha de galo, bem como não conseguiu guardar uma integridade em seu prestígio a uma “ética animal” identificada em princípios contidos em leis, decisões sociais e institucionais no trato animal. Em outras situações acatadas pela ordem jurídica e pela comunidade não se identificam princípios a sufragar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como pode ser revelado em outros esportes com bichos e no tratamento em animais criados para o abate. O silêncio quanto a outros casos semelhantes, ou mais precisamente aos princípios a eles subjacentes, até por uma questão de responsabilidade, não poderia ocorrer, por ser uma imposição do dever de coerência e também de integridade.

Não há, portanto, coerência e consistência nos argumentos do ministro Luís Roberto Barroso na defesa do papel representativo e iluminista das Cortes Constitucionais. Admitir um comportamento institucional desta natureza importaria em considerar o STF, não apenas, em posição superior aos demais Poderes, mas acima da própria Constituição.

Por fim, a função contramajoritária do Poder Judiciário, que vem sendo exercida desde 1891, por intermédio do controle difuso e do controle concentrado, com a Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição de 1946, que foi substancialmente superada pela CF/1988, ao ampliar o rol dos legitimados que podem propor ação direta junto ao STF, apesar de não se encontrar imune a críticas, não tem sofrido tantos ataques com a mesma intensidade e profundidade como as funções representativa e majoritária.

Isso porque há expressa previsão constitucional para o exercício dessa função, o que não ocorre com as demais funções que se diz que a jurisdição constitucional possui, além de ser costumeiramente exercida para evitar que as leis aprovadas pela maioria impeçam o livre exercício dos direitos fundamentais assegurados às minorias. Nesse aspecto, o controle de constitucionalidade é uma garantia das minorias para evitar que sejam dizimadas pela maioria ou até mesmo necessário para a preservação de vários pressupostos da democracia, que não se resume à regra da maioria. Além disso, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, ao se limitar a retirar do ordenamento jurídico um ato normativo inconstitucional, ao contrário do que ocorre com as funções representativa e iluminista, em que o Poder Judiciário atua como legislador positivo, no sentido de criar situações jurídicas não contempladas pelo legislador. É um coparticipante do processo de

criação do Direito.

Na democracia, a tomada de decisão é feita com base na regra da maioria, o que implica dizer que os interesses da minoria nem sempre serão contemplados, sendo justo que outra regra possa ser utilizada para avaliar e julgar a importância dos interesses vencidos para a democracia e a harmonização dos diversos fins e projetos constitucionais. Em razão disso, cabe ao Judiciário avaliar os interesses da minoria a partir das regras constitucionais, da diversidade e do respeito aos demais valores que merecem igual proteção constitucional.

Não significa a revolta da minoria contra a maioria, mas a possibilidade de o Judiciário avaliar a importância da preservação dos interesses da minoria em comparação a outros valores igualmente merecedores de tutela constitucional, como o pluralismo político-partidário, a liberdade de imprensa, de expressão, de manifestação e de consciência, a liberdade religiosa, a liberdade econômica e as instâncias democráticas.

Pode-se dizer, portanto, que a função contramajoritária é necessária e essencial para evitar a tirania da maioria e a eliminação da minoria bem como para garantir a preservação dos diversos projetos constitucionais, desde que exercida dentro dos parâmetros democráticos e constitucionais, sob pena de incorrer nas mesmas críticas epistemológicas que se faz às funções representativa e iluminista, justamente por serem exercidas no contexto da judicialização da política e de ativismos judiciais, como se fossem meros desdobramentos da relação entre Direito, Política e atuação do Poder Judiciário.

A relação entre constitucionalismo, democracia e atuação judicial não pode resultar na superioridade de um poder em face do outro, mas em projetos comuns de equilíbrio e manutenção da ideia criada pelo Poder Constituinte Originário, principalmente a ideia reinante na democracia de que cabe ao parlamento decidir questões políticas, e ao judiciário proteger as instâncias democráticas. Conferir ao juiz liberdade para produzir o direito em casos concretos nos casos de inércia legislativa, a partir de ativismos judiciais, é um modo silencioso de impedir o livre progresso da democracia e aprovar a substituição dos interesses do povo pelos interesses dos juizes, que não assumiram diretamente do povo o poder de dizer o que é melhor para a democracia.

Aplicar o direito é um exercício funcional limitado pela própria lei e pela Constituição, em que o juiz se torna responsável diante do sistema jurídico, e não diante do povo. Não há liberdade para agradar ou desagradar. Somente a soberania popular, fruto da democracia, é que confere aos poderes políticos a prerrogativa de decidir com ampla

liberdade e de escolher a vontade popular que deve ser transformada em lei. Logo, não se mostra coerente com o regime democrático sustentar que a soberania popular possa ser substituída por um poder que não foi investido pelo voto.

Não se está a dizer que a democracia e o constitucionalismo não possam ocupar o mesmo espaço político. Pelo contrário, o que se defende é que há tensões entre os sistemas políticos e jurídicos que devem ser solucionadas de forma harmônica, com preservação das instâncias democráticas e sem ocupação dos espaços políticos por critérios jurídicos. As decisões judiciais não devem refletir a vontade popular, mas a lógica do Direito e da Constituição a quem devem obediência. E assim se faz necessário para que os demais poderes constituídos possam exercer o seu papel no campo político, no qual são avaliados os custos políticos de uma decisão, sujeitando-os periodicamente ao controle popular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linha que separa o Direito da Política não é obscura ou tênue, como querem os defensores da expansão da jurisdição constitucional. Na verdade, essa linha foi bem definida pelo Poder Constituinte Originário brasileiro, ficando de um lado o Direito, a ser exercido pelo Poder Judiciário, que não pode decidir com base na política e na moral, e do outro lado a Política, de competência dos poderes que foram eleitos pelo voto popular.

Mudar essa linha divisória, ou tentar misturar os campos por ela separados, ainda que sob o pretexto de realizar direitos fundamentais, não deixa de ser uma intromissão indevida na competência dos demais poderes, no regime democrático e na separação dos poderes, ainda mais quando se utiliza da moral, da ideologia, do subjetivismo e das convicções pessoais do julgador para defender competências que os juízes não possuem ou para sustentar que os juízes seriam bem mais preparados do que os que exercem o poder por meio do voto.

Não há coerência ou consistência para afirmar que os juízes são mais democráticos e mais preparados do que os parlamentares para representar os interesses do povo ou para ser o “motor da história”. A judicialização da política e o ativismo judicial não servem a isso, justamente por permitir a atuação política dos magistrados. Por isso, as funções representativa e iluminista a que se refere o ministro Luís Roberto Barroso são manifestações ideológicas utilizadas para minar a força jurídica e impositiva do Direito e permitir que o julgador se utilize de princípios morais, jurídicos e políticos para decidir

questões constitucionais.

Essa abertura, além de esvaziar a imperatividade do Direito – o que seria do Direito se dependesse da Moral ou da Política para incidir? -, encontra resistência na democracia e nas instâncias representativas, que são afastadas quando o julgador se utiliza de valores externos ao Direito para decidir. Quando se julga com base na Moral ou na Política, o que deixa de valer é o próprio Estado Democrático de Direito, o Direito e a soberania das instâncias democráticas.

A judicialização da política é um fenômeno econômico, social, político ou jurídico, que conferiu ao Poder Judiciário uma expansão horizontal de sua competência, e não de verticalidade, sem qualquer pretensão de substituição da atuação do poder Legislativo ou Executivo. Logo, não pode ser utilizada para suprir instâncias políticas ou de representação democrática, ainda que sob o pretexto de efetivar direitos fundamentais.

O ativismo judicial, longe de ser uma consequência do Estado Social, é uma manifestação política, ideológica e discricionária do Poder Judiciário, que se utiliza da política para decidir questões políticas, que devem (deveriam) ser discutidas no âmbito dos poderes políticos. Essa atuação, além de ilegítima, por suprimir instâncias políticas, em nada contribui para incentivar o sujeito a participar da vida política. A vontade do povo é substituída pela vontade individual e discricionária do julgador, que passa a dizer o que é melhor para o cidadão, como se o Judiciário fosse legítimo representante do povo, quando, na verdade, não o é, e o cidadão incapaz de participar da vida pública do seu país.

Daí ser irremediável concluir que a judicialização da política, o ativismo judicial e as funções representativa e iluminista do Judiciário são incompatíveis com o regime democrático constitucional brasileiro, que é centrado na ideia de representação popular, na preservação das instâncias políticas, na separação dos poderes e no respeito à legalidade constitucional, que não pode ser afastada por questões políticas ou morais, mesmo quando o Judiciário esteja exercendo a função contramajoritária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Opinião jurídica**, ano 3, n. 6, p. 211-252, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 217-266, jan./jun. 2018. DOI 10.24859/fdv.2018.1.012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Supremo em ação 2018**: ano-base 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-226.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 190-206, 2015.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. **R.**

Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 21, p. 220-273, jul./dez. 2017.

GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. inicial-final.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**: pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos – Cebrap**, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Júlio César Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo? **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 10, n. 3, p. 348-361, set./dez. 2018. DOI 10.4013/rechtd.2018.103.11.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017. DOI 10.12957/dep.2017.25654 | ISSN: 2179-8966.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAUS, Ingeborg. Justiz als gesellschaftliches Über-Ich: Zur Funktion Von Rechtsprechung in der vaterlosen Gesellschaft. In: FAULSTICH, Werner; GRIMM, Gunter E. (org.). **Sturz der Götter?** Frankfurt/M: Suhrkamp, 1989. p. 121-149.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, p. 468-494, jun./set. 2018.

OLIVEIRA DE SÁ, Mariana; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 169-189, 2015.

OMMATI, José Emílio Medauar. A função contramajoritária do poder judiciário: uma análise a partir da teoria do direito como integridade. **Rev. Dir. & Desenvolvimento da**

UNICATÓLICA, v. 2, n. 1, jan./jun. 2019.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 134-168.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: JusPodivm, 2018.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: construção, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre Positivismo Jurídico, Pós-positivismo e Pragmatismo. 2. ed. rev. mod. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Marbury v. Madison**. 1803. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>. Acesso em: 1º out. 2019.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília. v. 13. n. 101, p. 445-448, out. 2011/jan. 2012.

Recebido em 08/05/2020

Aprovado em 03/11/2021

Received in 08/05/2020

Approved in 03/11/2021