



Controle judicial de constitucionalidade, interpretação jurídica e separação de Poderes: o sincretismo da trajetória brasileira em perspectiva comparada¹

Judicial review, legal interpretation and the separation of powers: the syncretism of the Brazilian path in comparative perspective

Control judicial de constitucionalidad, interpretación jurídica y separación de poderes: el sincretismo de la trayectoria brasileña en perspectiva comparada

Lucas Fucci Amato²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8923-8300>
E-mail: lucas.amato@usp.br

Rodrigo Marchetti Ribeiro³

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4333-9376>
E-mail: rodrigomr99@usp.br

Resumo

Este artigo pretende posicionar a jurisdição constitucional em perspectiva histórica e comparada, analisando sua inter-relação com os diferentes esquemas de organização e separação de Poderes e com os pressupostos que tais modelos incorporam em

¹ AMATO, Lucas Fucci; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Controle judicial de constitucionalidade, interpretação jurídica e separação de poderes: o sincretismo da trajetória brasileira em perspectiva comparada. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, p. 273-303, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a383>.

² Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador visitante nas Universidades de Cambridge, Oxford e Harvard. Livre-docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP. Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7721471179237026>.

³ Bacharel em Direito e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Mestrando e Licenciado em Direito pela Université Lumière Lyon 2 (PITES – *Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur*). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8215776395166183>.

seus entendimentos sobre a interpretação do Direito. O trabalho primeiro adota tal foco para analisar modelos clássicos de supremacia legislativa (Inglaterra e França) e controle judicial difuso (Estados Unidos) e concentrado (Alemanha). A seguir, posiciona o sincretismo de matrizes institucionais que caracteriza a experiência brasileira de organização do poder e de controle judicial de constitucionalidade, pontuando aspectos do papel atual do Supremo Tribunal Federal na separação de Poderes e defesa da democracia.

Palavras-chave

Separação de Poderes; interpretação jurídica; controle judicial de constitucionalidade; jurisdição constitucional.

Sumário

1. Introdução. 2. Inglaterra e França: dois modelos de supremacia legislativa. 3. O modelo americano de controle judicial difuso. 4. O modelo germânico de controle judicial concentrado. 5. O sincretismo constitucional brasileiro e a posição do Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusão.

Abstract

This paper aims to place constitutional jurisdiction in a historical and comparative perspective, analyzing its interrelationship with the different schemes of organization and separation of powers and with the assumptions that these models incorporate into their understandings of the interpretation of the law. The work first adopts this focus to analyze classic models of legislative supremacy (England and France) and of diffuse (United States) and concentrated (Germany) judicial review. Then, it positions the syncretism of institutional matrices that characterizes the Brazilian experience of power organization and judicial review, pointing out aspects of the current roles of the Federal Supreme Court in the separation of powers and in the defense of democracy.

Keywords

Separation of powers; legal interpretation; judicial review; constitutional jurisdiction.

Contents

1. Introduction. 2. England and France: two models of legislative supremacy. 3. The American model of diffuse judicial control. 4. The German model of concentrated judicial control. 5. The Brazilian constitutional syncretism and the position of the Federal Supreme Court. 6. Conclusion.

Resumen

Este artículo pretende situar la jurisdicción constitucional en una perspectiva histórica y comparada, analizando su interrelación con los distintos esquemas de organización y separación de poderes y con los presupuestos que estos modelos incorporan en su forma de entender la interpretación del derecho. El trabajo adopta en primer lugar este enfoque para analizar los modelos clásicos de supremacía legislativa (Inglaterra y Francia) y de control judicial difuso (Estados Unidos) y concentrado (Alemania). A continuación, posiciona el sincretismo de matrices institucionales que caracteriza la experiencia brasileña de organización del poder y control de constitucionalidad, señalando aspectos del papel actual del Supremo Tribunal Federal en la separación de poderes y en la defensa de la democracia.

Palabras clave

Separación de poderes; interpretación del derecho; control judicial de constitucionalidad; jurisdicción constitucional.

Índice

1. Introducción. 2. Inglaterra y Francia: dos modelos de supremacía legislativa. 3. El modelo americano de control judicial difuso. 4. El modelo alemán de control judicial concentrado. 5. El sincretismo constitucional brasileño y la posición del Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusión.

1. Introdução

O desenho institucional da separação de Poderes antecede o advento da democracia de massas, fundada no sufrágio universal e isonômico, na ampla concorrência partidária, no pluralismo ideológico e na livre organização e expressão de movimentos sociais e grupos de interesse. O sufrágio universal e igualitário demorou a ser instituído⁴. Na França, só chegou em 1848, com o voto feminino apenas a partir de 1944; no Reino Unido, as eleitoras foram incluídas desde 1918 (com voto igual só a partir de 1928), mas apenas a partir de 1950 foi alcançada a plena isonomia dos votantes. Antes da unificação, nos estados alemães, o sufrágio universal masculino chegou a ser testado, no entanto predominava o sistema eleitoral ao estilo prussiano, estratificado em três classes — as superiores somavam

⁴ CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica. São Paulo: Editora Unesp, 2004. p. 128-136; PRZEWORSKI, Adam. Conquered or granted? A history of suffrage extensions. *British Journal of Political Science*, v. 39, n. 2, p. 291-321, Apr. 2009.

no máximo 20% da população, mas compunham dois terços do parlamento. Com a unificação em 1871, o sufrágio universal masculino passou a ser garantido, contudo o voto feminino só foi reconhecido a partir de 1918 e somente em 1925 haveria a primeira eleição presidencial por voto direto. Nos Estados Unidos, o sufrágio masculino foi instituído em 1870, as mulheres passaram a ter direito de voto em 1920, e a as discriminações raciais no sistema eleitoral apenas foram superadas a partir de 1965. No Brasil, com os critérios censitários da época imperial e a exclusão dos analfabetos durante toda a república (até 1988), a participação eleitoral em campanhas consideradas limpas só superou os 10% da população sob a vigência da Constituição de 1946; e só a partir de 1988 é que mais da metade dos brasileiros realmente passa a votar⁵. É sob esse pano de fundo, portanto, que devem ser analisados os esquemas liberais clássicos, pré-democráticos, de separação de Poderes. Durante o século XX, ao mesmo tempo em que se rotinizou o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis, ampliaram-se as competências do Executivo, a liderança do chefe de governo, os quadros da burocracia pública, a participação política e as demandas por políticas públicas, garantidas ou não na forma de direitos sociais constitucionalmente entrincheirados.

O controle judicial de constitucionalidade é comumente analisado em sua perspectiva de defesa dos arranjos básicos do poder (contra a usurpação e manipulação das regras pelos detentores ocasionais de seu controle) e de garantia e concretização de direitos fundamentais, podendo nesses termos assumir funções contramajoritárias (isto é, de garantia de expressão e proteção às minorias diante da vitória de maiorias ocasionais). No lugar de um rei “neutro” e moderado, a quem se pudesse remeter a decisão de casos controversos, e de um parlamento visto como arena de positivação de direitos naturais contra o absolutismo monárquico, o Judiciário passou a ser visto como guardião de direitos e regras básicas de organização do poder, blindando-os contra as oscilantes maiorias eleitorais. Daí emergiu o caráter distintivo do controle judicial de constitucionalidade das leis, especialmente no contexto americano e, em sua versão concentrada em uma corte constitucional, na Europa continental.

O presente trabalho parte da hipótese de que a jurisdição constitucional se articula dentro da própria dinâmica de poder – ou seja, pergunta como a interpretação judicial do Direito constitucional é modelizada por diferentes desenhos institucionais de organização e separação de Poderes. Nessa linha, o artigo mapeia

⁵ NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 45-46.

dois modelos em que o controle judicial de constitucionalidade veio a ser desenvolvido recentemente, diante de uma tradição de supremacia legislativa (experiências inglesa e francesa), o modelo americano de controle judicial difuso e o modelo de controle concentrado, típico do caso alemão, mas também amplamente praticado na Europa continental e na América Latina. A seguir, debruça-se sobre a experiência constitucional brasileira, sugerindo traços do sincretismo de matrizes institucionais de organização do poder e jurisdição constitucional que a caracteriza.

2. Inglaterra e França: dois modelos de supremacia legislativa

No contexto do parlamentarismo inglês, o Legislativo era visto como instituto de contenção ao poder absoluto do rei e como arena de construção do Direito positivo a partir da revelação deliberativa dos direitos naturais⁶. Vale lembrar que Locke⁷ defendia, em 1689, a supremacia do Legislativo sobre os outros dois Poderes: o Federativo (encarregado das relações internacionais) e o Executivo (em sua teoria, as funções de executar as leis e julgar os casos concretos ainda apareciam combinadas no mesmo Poder).

A Inglaterra, sem uma Constituição escrita, apenas desenvolveu características importantes de seu parlamentarismo (como o protagonismo do primeiro-ministro) ao longo do século XIX. Já o modelo típico de argumentação judicial do *common law* é sustentado por argumentos analógicos a partir de precedentes consolidados, com *rationes decidendi* sendo filtradas e reiteradas⁸. De acordo com a tradição, as decisões do Parlamento não são suscetíveis de revisão judicial.

Desde o *Human Rights Act* (1998), o Reino Unido adotou um modelo de controle judicial fraco: a declaração judicial de inconstitucionalidade não vincula as partes do processo nem afeta a validade das disposições analisadas, apenas autoriza

⁶ WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. cap. 3. Papel homólogo, nota o autor, veio a ser atribuído desde fins do século XX, por teorias liberais sobre princípios de justiça, às cortes supremas ou constitucionais.

⁷ LOCKE, John. The second treatise of government: an essay concerning the true original, extent, and end of civil government. In: LOCKE, John. **Two treatises of government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 265-428.

⁸ LEWIS, Sebastian. Precedent and the rule of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 41, n. 4, 2021, p. 873-898, Winter 2021.

que um ministro provoque processo legislativo mais célere para sanar os vícios⁹. Somente em 2009, foi criada uma Suprema Corte com funções de controle de constitucionalidade – até então, o topo do Judiciário britânico era ocupado pela Câmara dos Lordes.

Com menos de uma década de existência, em 2017, a Suprema Corte do Reino Unido, no caso *Miller* (que tratava sobre a possibilidade de suspensão do Parlamento pelo rei, a pedido do primeiro-ministro) afirmou sua autoridade para controlar o pedido do primeiro-ministro, o que efetivamente alterou a separação de Poderes existente no Reino Unido – até então, a possibilidade de um ato de controle do poder real pelo Judiciário era praticamente impensável¹⁰. No ano de 2022, o sistema instituído pela reforma de 2009 sofreu nova modificação para instituir mecanismos de modulação de efeitos suspensivos e prospectivos nas chamadas *quashing orders* (decisões de tribunais que tornam nulas decisões proferidas por outras autoridades administrativas ou judiciais) e para reformar o precedente *R (Cart) v The Upper Tribunal*, o qual permitia que decisões do *Upper Tribunal* (um órgão judicial de segunda instância) fossem aptas a ser objeto do controle de constitucionalidade¹¹.

Mas voltemos ao modelo britânico clássico da supremacia legislativa: ao observar o regime liberal inglês no espelho de Locke, meio século depois, a teoria do Barão de Montesquieu ainda trazia traços da antiga tradição do “governo misto”. É nesse sentido que ressaltava, em 1748 (quatro décadas antes da revolução), a importância da conciliação do monarca com “poderes intermediários” para a unificação do “corpo político” estatal¹². Montesquieu dizia que “o poder subordinado mais natural é o da nobreza”, mas o clero também se prestava a esse papel, na medida em que detinha o

⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. p. 1355, April 2006.

¹⁰ R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union. Ver PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. A primeira década de corte constitucional na Inglaterra: reflexões sobre uma suposta virada republicana na monarquia. *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça*: RejuriSTJ, v. 2, n. 2, p. 354, 373-377, jul./dez. 2021.

¹¹ LAW, Jonathan; MARTIN, Elizabeth A. Quashing order. In: *A dictionary of law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100358804>. Acesso em: 9 jun. 2024; THE LAW SOCIETY. Judicial review reform. *Law Society*, 28 Apr. 2022. Disponível em: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/human-rights/judicial-review-reform>. Acesso em: 9 jun. 2024.

¹² CASABIANCA, Denis de. Le(s) ‘corps politique(s)’ dans L’esprit des lois de Montesquieu. *Trans/Form/Ação*, v. 30, n. 2, p. 23-32, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/54r8n5CS4QR5qbf5bqMBBNN/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

poder de arbitragem capaz de impedir a degeneração da monarquia em despotismo¹³. Portanto, o que se tinha era a proposição de uma institucionalidade que dificultasse o desmonte da estratificação social, preservando os três “estados” ou “corpos” da sociedade tradicional. Montesquieu pensava mais precisamente em uma bipartição de Poderes, entre um Legislativo bicameral e um Executivo (encarregado do “direito das gentes”, com poder de veto, mas não de iniciativa legislativa; e com uma subdivisão judiciária encarregada de ser a “boca da lei” em questões civis e penais).

Muito mais do que devido à sua estabilidade constitucional, a ordem jurídica francesa repousou historicamente na perenidade do Código Civil de 1804, estabelecido durante o consulado de Napoleão e ainda vigente no século XXI, com alterações. A estabilidade desse direito privado contrasta com a história do direito público francês – a França teve 16 constituições a partir da revolução de 1789, sendo a atual de 1958, a qual instituiu um regime semipresidencialista.

Nesse diapasão, é de se destacar que a Revolução Francesa, diante do problema das lacunas no direito, optou por manter o *référé au législatif*, com a remissão das questões interpretativas para o Parlamento (e não mais para o Rei), em detrimento de um papel ativo do Judiciário na construção de saídas para as obscuridades da lei. Dessa forma, a solução, na prática, mantinha observância à lei como expressão da vontade geral e da soberania da nação e, em algum grau, à própria separação dos Poderes, na medida em que os juízes não poderiam “legislar”. Já na era napoleônica, instituiu-se o sistema que perdura até hoje: a Corte de Cassação, o topo da hierarquia judiciária, com poder de reformar os julgados das instâncias inferiores; e o Conselho de Estado, cúpula da jurisdição administrativa, que exclui a possibilidade de a Administração estar submetida ao controle da autoridade judiciária. Quando, em 1804, o Código Civil foi elaborado, surgiram alguns projetos de substituição do *référé au législatif*, como recorrer ao costume ou à equidade no caso de dúvida, mas, por fim, a solução adotada pelo Código foi a proibição da denegação de justiça – *i.e.*, a vedação do *non liquet* como uma solução juridicamente possível¹⁴. Em suma,

¹³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1995. p. 81-84.

¹⁴ GILISSEN, John. Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. In: PERELMAN, Chaïm (org.). *Le problème des lacunes du droit*. Bruxelles: E. Bruylant, 1968. p. 231-241; FRATE, Paolo Alvazzi del. Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789. *Revue historique de droit français et étranger*, v. 86, n. 2, p. 253-262, avril/juin 2008; RAMOS, Luiz Felipe Rosa. *Por trás dos casos difíceis: dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça*. Curitiba: Juruá, 2017. p.117-123. O *référé au législatif* ainda foi restabelecido em 1807 e abolido apenas em 1837; nesse período, após duas cassações da lei, cabia ao Conselho de Estado estabelecer por regulamento, aprovado pelo imperador, a interpretação devida dos dispositivos legais.

o Código afirmou o dever do juiz de decidir a despeito de qualquer obscuridade, silêncio ou insuficiência na lei, e, com isso, lastreou a tendência interpretativa que ficou polemicamente conhecida como “escola da exegese”, descrita em geral pelo apego “formalista” à literalidade da lei (ou ao histórico legislativo, isto é, a “vontade do legislador”) como expressão da soberania popular¹⁵.

Por desconfiança em relação ao poder dos juízes (associados à *noblesse de robe* e ao Antigo Regime), a Revolução Francesa criou uma jurisdição administrativa que, na prática, ocupou o lugar do controle de constitucionalidade – especialmente pelo seu órgão de cúpula, qual seja, o Conselho de Estado. Assim, não se criou na França um órgão análogo aos tribunais constitucionais do século XX ou às supremas cortes. Ao lado das prerrogativas presidenciais de exceção (art. 16), a Constituição de 1958 instituiu um Conselho Constitucional (art. 56-63), com papel político e preventivo, assemelhando-se muito mais a uma terceira casa legislativa (que toma decisões rápidas, mas não necessariamente com densidade argumentativa); apenas em 2010, entrou em vigor na França a possibilidade do controle *a posteriori* de constitucionalidade, quanto às leis que já entraram em vigor, pela via de exceção no contencioso administrativo ou judicial (“questão prioritária de constitucionalidade”)¹⁶.

3. O modelo americano de controle judicial difuso

O regime representativo estabelecido pela Constituição dos Estados Unidos e teorizado nos Artigos Federalistas está assentado na noção hobbesiana de que, se os homens forem deixados livres, tendem a exercer a tirania, a qual representaria o governo em que os direitos naturais não são respeitados; daí a necessidade de o

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos. *FORUM*, Revista del Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Sede Medellín, n. 3, p. 13-51, enero/jul. 2012. Disponível em: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/42695/32373-119741-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 nov. 2024.; HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n. 48, p. 263-277, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301011.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.; SCHMITT, Carl. Statute and judgement. In: VINX, Lars; ZEITLIN, Samuel Garrett (ed.). *Carl Schmitt's early legal-theoretical writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 39-155.

¹⁶ “O mecanismo consagrado no artigo 61-1 da Constituição pela reforma de 2008 é simples: por meio do envio pelo Conselho de Estado ou pelo Tribunal de Cassação, o Conselho Constitucional controla se uma disposição legislativa, que já entrou em vigor e que, portanto, é aplicável, viola as liberdades e os direitos constitucionalmente protegidos. [...] Especificamente o réu pode postular a QPC durante qualquer procedimento perante um tribunal de contencioso administrativo (liderado pelo Conselho de Estado) ou perante a jurisdição (encabeçada pelo Tribunal de Cassação). Além disso, o réu pode levantar a questão em primeira instância, em apelação ou em sede de cassação.” BOURGET, Renaud. O controle de constitucionalidade a posteriori das leis pelo Conselho Constitucional francês. Tradução de Fernanda Figueira Tonetto. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 21, n. 2, p. 99, maio/ago. 2020. Ver também SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

exercício do Poder ser freado e contrabalanceado por sanções (prêmios ou punições)¹⁷. Mais do que uma “democracia madisoniana”, o arranjo americano merece ser adjetivado como um regime representativo liberal ou republicano, mas “protodemocrático”¹⁸.

A invenção americana do presidencialismo instituiu um esquema para conter o poder de um chefe de Estado e governo eleito independentemente dos legisladores (ao contrário do parlamentarismo), embora se refira, nos Estados Unidos, a uma eleição indireta, com base em colégio eleitoral. Esse arranjo combina a fragmentação da soberania em diferentes órgãos (a ideia de Montesquieu de que um Poder deve conter o outro) com mecanismos procedimentais de vetos mútuos entre os Poderes, ou seja, Madison adiciona “freios e contrapesos” que dificultam o avanço de transformações políticas e o faz em nome da preservação de direitos individuais (a começar pela propriedade), cujo último guardião é o Judiciário. Nesse esquema, o próprio bicameralismo é visto como uma forma de neutralizar a “natural” supremacia do Legislativo em uma república, permitindo que o Senado bloqueie medidas que obtenham maioria na Câmara dos Deputados. Sem o Poder Legislativo de definir o orçamento e sem o poder policial e militar concentrado no Executivo, o Judiciário ainda era visto como “o menos perigoso dos Poderes”, como o definiu Alexander Hamilton no mesmo *O Federalista* (n. 78)¹⁹.

Com o advento do bipartidarismo americano, o esquema torna-se problemático em seus próprios intentos, de modo que, se o presidente obtiver maioria no Legislativo, deixa de ser bloqueado, podendo invadir os direitos dos cidadãos²⁰. Para Dahl²¹, por outro lado, a noção de “freios e contrapesos”, pregada por Madison, só faz sentido se as eleições populares e a competição partidária não forem vistas como suficientes para evitar a tirania, impedindo invasões de direitos fundamentais. Ademais, se o esquema madisoniano ajuda a bloquear o Legislativo, não é tão eficiente para conter o Executivo e o Judiciário, que se avantajaram ao longo do século XX.

¹⁷ DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. cap. 1.

¹⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*: RDA, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

¹⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist papers*. Edited by Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press, 2008. n. 10, 47-58, 78; AMATO, Lucas Fucci. *Inovações constitucionais: direitos e poderes*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. cap. 7; UNGER, Roberto Mangabeira. *False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy: from Politics, a work in constructive social theory*. London: Verso, 2004. p. 207-221; 441-480.

²⁰ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 8, p. 2312-2386, June 2006.

²¹ DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*.

Apesar de discussões que remontam à Convenção da Filadélfia, a Constituição de 1787 (*article 3, section 2*) apenas reza que: “O Poder Judiciário estender-se-á a todas as coisas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos”, nada diz sobre invalidação das leis. O controle judicial de constitucionalidade (difuso) tem sua origem na inferência feita pelo juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison* (1803). De um puro raciocínio lógico, partindo das premissas de que o direito não comporta antinomias e as normas constitucionais são superiores às legais, Marshall inferiu que normas inconstitucionais não vinculam os juízes²². Na verdade, mais que uma simples interpretação do direito, o controle judicial foi uma inovação institucional, tanto que demorou décadas para ser rotineiramente implementado na experiência americana.

Da segunda metade do século XIX às primeiras décadas do século XX, a Suprema Corte americana tomou uma série de decisões polêmicas – ao reconhecer práticas escravistas ou segregatórias e ao invalidar leis trabalhistas em nome da liberdade contratual²³ – a pretexto de interpretar literalmente as disposições da Constituição e de suas emendas. Os realistas jurídicos denunciaram tais interpretações como juízos políticos velados, pregando então uma interpretação judicial que reconhecesse e explicitasse seus juízos de valor e finalidade, mas que concedesse deferência às opções de políticas públicas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo²⁴. A partir da década de 1930, quando a Suprema Corte entrou em rota de colisão com diversas medidas tomadas pelo governo Roosevelt, denunciou-se o ativismo judicial, pregando-se a autocontenção²⁵. A partir dos anos 1950 (durante a chamada Warren Court) é que a Suprema Corte americana passou a tomar medidas progressistas (na esteira do movimento de direitos civis) e desde então afirmou-se abertamente como uma formuladora de políticas públicas, vinculada ora a maiorias conservadoras, ora a progressistas, em alinhamento ou oposição aos governos de ocasião²⁶. Sob a ótica do

²² NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 189-196.

²³ Dahl mostra como a Suprema Corte atrasou em mais de vinte anos a adoção de leis contra o trabalho infantil nos Estados Unidos. Vide DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. p. 106-107.

²⁴ SOLAR CAYÓN, JoséIgnacio. *Política y derecho en la era del New Deal*: del formalismo al pragmatismo jurídico. Madrid: Dykinson, 2002. p. 135-153.

²⁵ MORRISON, Rodney J. Franklin D. Roosevelt and the Supreme Court: an example of the use of probability theory in political history. *History and Theory*, v. 16, n. 2, p. 137-146, May 1977.

²⁶ DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, v. 6, p. 279-295, 1957. Disponível em: <https://docenti.unimc.it/benedetta.barbisan/teaching/2019/20552/files/robert-dahl-decision-making-in-a-democracy-i.e.-are-courts-truly-counter-majoritarian>. Acesso em: 26 nov. 2024.

common law britânico, Hart²⁷ comentava o protagonismo judicial como uma novidade e peculiaridade dos Estados Unidos, cuja Suprema Corte decidira declarar a inconstitucionalidade de atos dos governos federal e estaduais e desenvolvera padrões de razoabilidade, controlando não apenas o devido processo legal formal, como também o substancial, na proteção da liberdade e da propriedade.

4. O modelo germânico de controle judicial concentrado

O modelo de controle judicial abstrato foi paradigmaticamente programado pela corte constitucional instituída pela Carta austríaca de 1920, sob direta liderança de Hans Kelsen, e replicado em medida relevante após a segunda guerra mundial no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, estabelecido em 1951. Corresponde, em linhas gerais, à experiência de jurisdição constitucional que vicejou da Europa Continental à América Latina.

Antes da unificação alemã (1871), o jurista e ministro prussiano Savigny havia fundado o modelo de referência da ciência dogmática do direito, considerando que as instituições que estruturam a sociedade de forma orgânica seriam representáveis sistematicamente pelo esforço conceitual dos juristas. O método tipológico e sistemático as exibiria em sua complexidade e concretude, discernindo os elementos gramatical, histórico, lógico e sistemático na interpretação do direito positivo, e, logo, tomando-o como um sistema unitário, coerente e completo, isto é, sem contradições ou lacunas²⁸.

Com o advento da República Alemã, o poder político passou a ser repartido entre o Presidente, o Chanceler e o Parlamento, colocando em disputa a posição equivalente à do monarca sob o regime anterior. Portanto, a concepção de que o Presidente da República deveria ser o “guardião da Constituição” era plausível na república parlamentar (ou semipresidencialista) de Weimar (1918-1933), na qual a função presidencial era vista como uma herança e um equivalente funcional do papel ocupado pelo imperador no período precedente: responsável sobretudo por garantir a unidade nacional e arbitrar os conflitos federativos em um país heterogêneo, tardiamente unificado.

²⁷ HART, Herbert L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 124-125.

²⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System of the modern Roman law*. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867. v.1, cap. 4.

Mais do que isso, vivenciava-se na Alemanha algo próximo de uma democracia de massas moderna, com a ascensão de partidos de diversas correntes ideológicas e movimentos de trabalhadores. Sob inspiração de Hugo Preuss, o artigo 48 da Constituição de Weimar atribuiu ao Presidente da República (diretamente eleito) o poder de, caso necessário, tomar medidas para preservar ou restabelecer a segurança e a ordem pública com a ajuda das Forças Armadas, podendo então suspender direitos fundamentais. Enquanto titular da arbitragem sobre o que se convencionou chamar de “estado de exceção”, o Presidente da República passou a ser visto como o tomador das decisões fundamentais (inclusive nas “lacunas” da “lei constitucional”) e como alguém capaz de desvendar o “espírito” ou o “propósito” acima da mera interpretação literal dos dispositivos constitucionais. Na concepção schmittiana, a decisão que institui a ordem jurídica, em oposição à exceção, é que dá a parametrização do que é jurídico e do que não é. Esse é o contexto da tese de que o soberano é quem decide no estado de exceção²⁹ e a Constituição é a decisão sobre a forma e a unidade do Estado, em oposição à lei constitucional, que é a mera positivação de normas na forma jurídica constitucional³⁰.

Após o trauma nazista, período em que Hitler não só foi indicado como chanceler, como também fundiu os poderes presenciais, autoproclamando-se *Führer*, resgatou-se a solução kelseniana de atribuir a guarda da Constituição a uma corte constitucional. Kelsen³¹ dirigiu-se explicitamente contra Schmitt³², que posicionara o soberano – no limite, o ditador, o líder ilimitado por qualquer ordem jurídica – como guardião da Constituição. O chefe de Estado personificaria, para Schmitt, o “Poder neutro” que Benjamin Constant identificara ao monarca. Entretanto, o soberano schmittiano extrapola os poderes reconhecidos a um monarca constitucional, justamente ao poder decidir sobre o estado de exceção – em outros termos, ao poder suspender sobre si os próprios limites da ordem jurídica que o constituiu nessa posição. Já Kelsen³³ atribui o controle de constitucionalidade a um órgão colegiado diferenciado em relação ao Poder Judiciário, que não deveria confrontar

²⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Coordenador e supervisor: Luiz Moreira; tradutor: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

³⁰ SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008. p. 57-88.

³¹ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução de Alexandre Krug. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 237-298.

³² SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³³ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? p. 257.

o conteúdo da lei com o de uma norma constitucional; deveria, mais precisamente, avaliar o ato de produção da lei. Se este ocorreu em desconformidade com a norma superior (constitucional), que definiu a competência e o procedimento para criação da norma legal, o ato de produção normativa passaria a ser o suporte fático ao qual a Constituição imputaria uma sanção: a invalidade da norma infraconstitucional. Assim, estaria o tribunal constitucional legitimado a retirar a validade das leis, funcionando como um “legislador negativo”³⁴. Kelsen³⁵ lembra que o argumento de que transferir o poder de decisão sobre a validade ou invalidade da lei do Parlamento para uma instância externa, em que podem se expressar forças políticas opostas, simplesmente repete o dilema platônico: “reis juizes ou legislador régio?”. A teoria kelseniana do controle de constitucionalidade parte da constatação de que seria tanto tentador quanto inócuo confiar ao próprio Legislativo a anulação de leis inconstitucionais; assim surge a necessidade de uma garantia jurisdicional da constitucionalidade³⁶.

Embora tenha sentido jurídico, uma Constituição sem uma corte que realizasse o controle de constitucionalidade não seria “plenamente obrigatória, no sentido técnico”³⁷. Kelsen³⁸ rejeitava a ideia de que um tribunal constitucional pudesse invalidar leis sob o argumento da incompatibilidade, seja com princípios gerais formalizados, seja com preceitos do direito natural ou normas “suprapositivas”. Alguns princípios podem estar incorporados ao texto constitucional e a outros estratos da ordem jurídica escalonada ou são “deduzidos por abstração” de normas explícitas, sendo com estas aplicados. E há princípios que são evocados por razão de justiça ou equidade, sem estarem devidamente traduzidos em normas do direito positivo; não são, assim, juridicamente obrigatórios, pois expressam apenas interesses e ideais de certos grupos, e não o produto de uma decisão criadora do direito segundo o método democrático. O legislador tem um poder quase ilimitado de criar o direito, enquanto os demais órgãos – progredindo na escala de concretização normativa – vão tendo poderes criativos mais constrangidos ao

³⁴ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? p. 263-264.

³⁵ KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? p. 263.

³⁶ Analogamente, o controle da legalidade dos atos produtores de decretos, diante das leis, é, segundo Kelsen, de jurisdição administrativa. Ver KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. Tradução de Alexandre Krug. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 18-24.

³⁷ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. Tradução de Maria Ermantina Galvão. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 179.

³⁸ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. p. 167-170.

executarem e aplicarem o direito, embora tenham poder discricionário para escolher uma dentre várias interpretações igualmente possíveis. Logo, julgar com base em princípios indeterminados e equívocos tende a extravasar o papel de aplicação jurisdicional do direito. Esses princípios – como equidade, liberdade, igualdade ou moralidade – expressam a ideologia política vigente e, por se prestarem a diferentes concepções, são extremamente perigosos no âmbito da jurisdição constitucional, mesmo se tiverem guarida no texto da Constituição. Se resolvessem controlar o conteúdo das leis tendo como critério a conformidade a tais preceitos, na falta de maiores detalhamentos constitucionais que restringissem e estruturassem a interpretação de determinado princípio, os juízes constitucionais atingiriam um poder insuportável para uma democracia parlamentar.

O modelo kelseniano, apesar de ser, sim, um modelo de controle de constitucionalidade, ainda era voltado para a função precípua de arbitramento dos conflitos federativos. Segundo seu idealizador, a autoridade e a observância do pacto federativo (em suma, a própria federação) dependem da existência de um tribunal constitucional federal – com competência para decidir a respeito do conteúdo da Constituição e das compatibilidades e incompatibilidades das medidas tomadas pelos entes federativos com a Constituição³⁹. A Constituição de Weimar, em seu art. 108, determinou a instalação de uma Corte de Justiça em matérias de Estado (*Staatsgerichtshof*), a qual estava centrada no arbitramento de conflitos federativos (arts. 15, 19 e 90) e entre os diferentes órgãos do Estado (art. 59). Não era uma corte constitucional com monopólio do controle abstrato, mas, sim, um tribunal especial, ocasionalmente convocado na mais alta corte civil e criminal do país (*Reichsgericht*) para arbitrar conflitos federativos⁴⁰.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que surgiu no pós-guerra, tem como funções precípua arbitrar conflitos entre os entes federativos e os órgãos estatais, bem como julgar a compatibilidade das normas com a Lei Fundamental, seja pela via difusa, seja pela via concentrada de controle de constitucionalidade⁴¹. Tal Tribunal teve seu papel imensamente ampliado, abarcando vasto rol de instrumentos processuais e técnicas interpretativas para a concretização de direitos fundamentais.

³⁹ Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. p. 182-185.

⁴⁰ VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law.** United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. p. 4.

⁴¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 491-502; GOMES, Frederico Barbosa. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, n. 2, p. 158-176, jul./dez. 2010.

Dado o contexto histórico de sua formação, em seguida ao nazismo e buscando a legitimidade de uma Constituição provisória (a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que se tornou a Constituição definitiva da Alemanha ocidental), o Tribunal passou a entendê-la como uma ordem objetiva de valores e a si mesmo como o realizador dessa ética concreta. O Tribunal adotou crescentemente um método de interpretação por “sopesamento” de “valores”, ampliando sua intervenção na realização do Estado social alemão. Aliado à doutrina, foi pródigo na criação de fórmulas argumentativas para o juízo sobre direitos fundamentais: proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, proibição de retrocesso, reserva do possível, vedação da proteção insuficiente etc.⁴² É nesse ponto que a teoria do direito se aproximou da teoria constitucional e encontrou o desenvolvimento das teorias de princípios na tradição anglófona, dando origem a certo “modelo global” de tutela judicial de direitos fundamentais⁴³, o qual encontra repercussão com a expansão, no pós-Segunda Guerra Mundial, tanto dos direitos políticos e sociais quanto dos instrumentos e legitimados à provocação do controle judicial de constitucionalidade das leis.

5. O sincretismo constitucional brasileiro e a posição do Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1824 cravou, sob inspiração britânica, liberdades individuais e uma monarquia limitada pela supremacia do parlamento. Do lado francês, as inspirações vieram de teorias (o Poder Moderador do modelo de monarquia constitucional de Benjamin Constant) e práticas (a jurisdição administrativa efetivamente instituída após a revolução). Durante nosso segundo reinado, essa jurisdição foi encabeçada por um Conselho de Estado⁴⁴ que, sem *status* constitucional, acumulou funções de órgão recursal do contencioso administrativo, árbitro de conflitos de jurisdição (entre autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias), órgão

⁴² HOFMANN, Hasso. *Filosofia jurídica pós 1945: sobre a história do pensamento jurídico na República Federal da Alemanha*. Tradução: Ítalo Roberto Fuhrmann. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

⁴³ BOMHOFF, Jacco. *Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁴⁴ ARAGÃO, João Guilherme de. Dualidade e unidade de jurisdição no Brasil. *Revista do Serviço Público*, v. 66, n. 1, p. 126-137, jan. 1955. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5294/2861>. Acesso em: 26 nov. 2024; CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Apontamentos sobre jurisdição administrativa e o Conselho de Estado do Brasil-Império. *Direito Público / Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)*, v. 9, n. 50, p. 167-185, mar./abr. 2013.

consultivo sobre decretos e regulamentos e sobre dúvidas interpretativas das leis (inclusive por questionamento de juizes), além de assessor do imperador no exercício de seu Poder Moderador. Conforme a Constituição (art. 142), esse Poder lhe permitia nomear e demitir livremente ministros, nomear senadores (a partir de uma lista tríplice gerada pela eleição censitária), dissolver a Câmara dos Deputados, convocar novas eleições (quando entendesse não ser conveniente a Câmara destituir o ministério com o qual estivesse em desacordo), suspender magistrados e moderar e dissolver penas (art. 101).

A Constituição de 1824 (art. 15, n. 8 e 9) estabelecia ser da competência do Parlamento ou da Assembleia Geral (Câmara e Senado) fazer, interpretar, suspender e revogar as leis, bem como velar pela guarda da Constituição. Entretanto, em vez da supremacia parlamentar britânica, dos freios e contrapesos do presidencialismo americano ou da denegação francesa do *status* de “Poder” ao Judiciário (visto apenas como uma “autoridade”), a solução do Poder Moderador importava a arbitragem de um quarto Poder⁴⁵, inspirada pela associação de Benjamin Constant entre a realza e a neutralidade. Contra a facciosidade política, o imperador corporificaria a vontade perene da nação, sendo “superior a todas as paixões, a todos interesses, a toda rivalidade”⁴⁶.

A Constituição de 1891 cravou a opção pelo modelo americano de controle judicial difuso; estabeleceu-o tendo como ápice o Supremo Tribunal Federal, cabendo aos tribunais estaduais apreciar a constitucionalidade das leis estaduais, com recurso ao STF (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, *a* e *b*; Lei 221/1894, art. 13, § 10). Antes mesmo da promulgação da Constituição, o Decreto n. 848/1890 já previra a competência dos juizes para não aplicar lei entendida como inconstitucional.

Com a Revolução de 1930, chegaram reformas relevantes no modelo de controle judicial, ao mesmo tempo em que principiava a constitucionalização de direitos sociais, ainda que não fossem judicializáveis⁴⁷. Pela Constituição de 1934, a declaração de inconstitucionalidade passou a ser aceita apenas se apoiada pela maioria dos membros dos tribunais (art. 76, 2, III, *b* e *c*; art. 179); afirmou-se a competência do

⁴⁵ VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862. p. 20.

⁴⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. p. 205.

⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725-738.

Senado para suspender execução da norma declarada inconstitucional (arts. 91, IV, e 96); tipificou-se a ação de representação interventiva do Senado perante o STF (arts. 7, I; 41, § 3º; 12, § 2º); e vedou-se a judicialização de “questões políticas” (art. 68). Na assembleia constituinte, houvera até mesmo um projeto de corte constitucional de inspiração kelseniana⁴⁸.

Sob a Constituição de 1937, compartilhou-se o Poder Legislativo entre o Parlamento, o Presidente da República e o Conselho da Economia Nacional (art. 38); estabeleceu-se então (art. 96) um modelo de controle judicial “fraco” e o controle permanecia difuso, exigindo-se maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade por tribunais. O Presidente poderia ressubmeter a lei declarada inconstitucional ao Parlamento, sendo esta aprovada se obtivesse dois terços dos votos em cada casa legislativa. Todavia, o Congresso Nacional permaneceu fechado de 1937 a 1945, tendo o Executivo legislado por meio de decretos-leis (caso do Código de Processo Civil de 1939, do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal de 1941 e da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943).

Na primeira experiência efetivamente democrática no Brasil, sob a vigência da Constituição de 1946 manteve-se o controle difuso (art. 103, III, *b e c*) e restabeleceu-se o modelo de 1934 sobre a representação interventiva (como primeiro caso de ação direta de inconstitucionalidade), mas a legitimação para tal ação (arts. 7, VII, e 8) passou a ser não mais do Senado, e, sim, da Procuradoria-Geral da República (ainda ligada ao Poder Executivo, exercendo, inclusive, a função de representação judicial da União, conforme art. 126). Além de garantir direitos individuais contra o arbítrio dos Poderes políticos (como afirmava a doutrina do *habeas corpus* preconizada por Rui Barbosa), o Supremo Tribunal Federal passava a arbitrar disputas estratégicas sobre a separação de Poderes e a organização política e administrativa do Estado⁴⁹.

No contexto da ditadura militar, expandiu-se o controle abstrato de constitucionalidade de normas estaduais e federais, a ser suscitado pela Procuradoria-Geral da República (EC n. 16/1965). A Constituição de 1967 (art. 114, I, *l*) manteve o modelo, mas deixou de permitir o que era previsto pela EC n. 16/1965 (art. 19): a criação de processo de competência originária dos tribunais estaduais para julgar

⁴⁸ ALVARENGA, Nilo de. Emenda n. 1.107, apresentada em 20 de dezembro de 1933. In: REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte: organizados pela redacção dos annaes e documentos parlamentares*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935. v. 3, p. 513-515. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/482e5d9f-7ace-4b6b-b582-3068dd9dc8b3>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁴⁹ MACHADO, Luiz Felipe Mata. *Julgar a lei, administrar o Estado: uma outra história do controle abstrato de constitucionalidade*. Londrina: Thoth, 2024.

a constitucionalidade de leis municipais diante das constituições estaduais. Em 1969, adicionou-se tal controle (sob provocação do Ministério Público) para fins de intervenção estadual no município (art. 15, § 3º, *d*). Entretanto, os sucessivos Atos Institucionais (que excluíram da apreciação judicial as suas medidas, incluindo suspensão de garantias da magistratura, cassação de ministros e parlamentares, suspensão de direitos etc.) evidenciavam que o Supremo e o Judiciário em geral não dispunham de margem efetiva de autonomia para exercer sua função.

Assim, apenas a partir da Constituição de 1988 é que se observou uma ampliação significativa das competências do STF (art. 102), dos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade e do rol dos legitimados a provocá-lo (incluindo, além de autoridades estatais, segundo o art. 103, o Conselho Federal da OAB, qualquer partido com representação no Congresso Nacional e qualquer confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). Quanto aos instrumentos, a própria Constituição tipificou, além da ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); determinou a atuação do Advogado-Geral da União na defesa dos atos e normas impugnados diante do STF no controle direto (art. 103, § 2º); e atribuiu aos Estados a instituição de controle de constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º). Em 1993, a EC n. 3 tipificou a ação declaratória de constitucionalidade; em 1999, as leis 9.868 e 9.882 deram regulamentação procedimental, com tendência concentradora e vinculante do controle judicial. Em 2004, a EC n. 45 criou a súmula vinculante e a exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário ao STF⁵⁰.

“Se em 1891 não havia nenhuma forma de recorrer diretamente ao STF para obter uma decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, hoje há pelo menos cinco”⁵¹, produzindo, ademais, um perfil institucional “híbrido”, em que convivem tendências da jurisdição constitucional de modelo europeu (ações diretas de controle abstrato, força das cláusulas pétreas e vinculatividade das decisões do STF) com características típicas da experiência americana (forma de nomeação dos ministros do STF, vitaliciedade, sessões públicas, sustentações

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1036-1062.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. p. 216.

orais, publicação de votos divergentes como regra e não como exceção e, sobretudo, a forma de decisão, mais individual do que concatenada e deliberativa). Algumas características, como a força da jurisprudência nacional sobre direitos sociais, não têm paralelo nem na Europa nem nos Estados Unidos, aproximando-se de experiências como a indiana.

O que tal hibridismo tem de especialmente marcante é a compatibilização de modelos que, ao menos em teoria, não seriam harmônicos entre si e que inobstante sobrevivem, convivem e florescem na ordem constitucional brasileira. De um lado, o argumento de Marshall para afirmar a possibilidade da “revisão judicial” das leis foi de que esta seria um pressuposto lógico da supremacia da constituição – isto é, sem o controle de constitucionalidade, a Constituição teria o *status* de qualquer outra lei e perderia o seu valor jurídico especial. Por outro lado, Kelsen, indo um passo além de Marshall (que se limitou a reconhecer a supremacia da Constituição), descreveu o direito (sob inspiração de Merkl)⁵² como uma ordem escalonada, em que as normas inferiores são concretizações das normas superiores e, portanto, são válidas na medida em que emanadas segundo o procedimento e a autoridade definidos nas normas superiores. Kelsen reconheceu, também, que há casos nos quais uma norma claramente não se conforma às normas que lhe são superiores, mas, mesmo assim, é aplicada (por exemplo, antes de uma norma declarada inconstitucional ser anulada), o que (i) significa que o poder de definir o pertencimento da norma ao sistema, em última análise, reside nas mãos dos juízes (com a dificuldade de entender o que vincula os juízes); ou (ii) deve haver uma cláusula tácita de aceitação do conteúdo da norma inferior contrária à norma superior no bojo da própria norma superior (solução claramente inaceitável). Segundo Santiago Nino⁵³, o fato de que a norma inconstitucional pode continuar a ser aplicada pelas autoridades mostraria claramente um erro no raciocínio de Marshall, que pressupõe a lógica de necessidade de conformação do conteúdo da norma inferior (lei ou ato) com o conteúdo da norma superior (Constituição). Uma vez admitido que a norma inconstitucional pode continuar a ser aplicada, não há motivo lógico para que o Judiciário efetue o controle de constitucionalidade (como argumentou Marshall); trata-se de uma atribuição contingente de poder para que os juízes velem por tal consistência.

⁵² MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. In: MERKL, Adolf Julius. *Escritos de teoria do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2018.

⁵³ NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. p. 189-196.

A crítica a Marshall convence, é verdade – o próprio controle de constitucionalidade e sua atribuição ao Judiciário não são necessidades lógicas, mas opções políticas. Todavia, é verdade também que, se a justificativa original do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, dada há mais de duzentos anos, parece hoje pouco convincente, depois disso lá se afirmaram muitas outras justificativas possíveis⁵⁴, além de a própria instituição ter se rotinizado na prática.

No entanto, o que importa aqui é que o argumento de Marshall para justificar o controle de constitucionalidade é muito mais deferente aos Poderes Legislativo e Executivo do que pode parecer à primeira vista. O juiz, segundo Marshall, não está agindo porque a ele foi conferido um poder de legislador negativo (como explica Kelsen para justificar o controle concentrado), mas, sim, por necessidade lógica de dar coerência ao direito. Para Kelsen, não apenas o direito poderia admitir contradição (entre normas constitucionais e infraconstitucionais), como também a norma considerada inconstitucional e inaplicável por um juiz (no controle difuso) não é, tal como no controle concentrado, anulada (para Kelsen, não existem nulidades); o que há é um precedente de não aplicação da norma que vincula os demais tribunais do sistema (*stare decisis*) e que equivale, na prática, a uma anulação⁵⁵.

Essas diferentes justificativas a princípio imporiam estilos argumentativos diversos a cada uma das linhagens de controle judicial de constitucionalidade. O modelo de corte constitucional pressupõe que tal controle é um ato político, e não mera decorrência lógica de uma interpretação puramente dedutiva e formalista da lei, o que, aliás, está fora de cogitação na descrição de Kelsen sobre o processo de “concretização” das normas na dinâmica jurídica e o que fundamenta sua polêmica com Schmitt acerca da atribuição desse controle a uma corte especial ou a um líder político⁵⁶. Já o modelo de controle judicial difuso pressupõe que o juízo de inconstitucionalidade faz parte da rotina normal de aplicação jurisdicional de leis e precedentes. Entretanto, durante o século XX, em especial no pós-guerra, houve certa convergência não apenas da prática processual de ambos os modelos (dificuldade de separar jurisdição comum e jurisdição constitucional; equivalência prática entre a declaração

⁵⁴ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. New Haven, London: Yale University Press, 1962. cap. 1.

⁵⁵ KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: (um estudo comparado das constituições austríaca e americana). In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 299-319; KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. p. 150-155.

⁵⁶ RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **O problema da criação e da fundamentação do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 120-142.

abstrata de inconstitucionalidade por uma corte constitucional e a vinculação a precedentes de uma suprema corte)⁵⁷, mas também de suas práticas interpretativas – fosse a partir da denúncia realista de que toda interpretação judicial pressupõe juízos de valor, finalidade, consequência e contexto, fosse por meio do desenvolvimento de teorias mais estruturadas e racionalistas sobre princípios e ponderação⁵⁸. No Brasil, tal convergência hermenêutica foi recepcionada em paralelo à progressiva abstrativização do controle judicial, culminando com a práxis pós-1988, na qual o STF assume duplo protagonismo: jurídico (no controle de consistência no topo da hierarquia judicial) e político (na arbitragem de impasses entre os Poderes eleitos).

6. Conclusão

Ao lado da discussão sobre a judicialização de controvérsias políticas e morais e os limites de seu tratamento em termos de concretização de direitos fundamentais, pode-se analisar principalmente o aspecto da inter-relação da jurisdição constitucional com os demais Poderes e a democracia. Esta foi a proposta deste artigo. Observou-se que a difusão do controle judicial de constitucionalidade das leis, ao longo do século XX, foi uma resposta à emergência da democracia de massas e ao crescimento do Poder Executivo em comparação com os modelos liberais clássicos, instituídos ao redor do século XIX, de governo representativo com voto restrito e supremacia legislativa. No século passado, diante das instabilidades causadas pela universalização do sufrágio e pelos contra-ataques autoritários, assim como pela pluralização de partidos, ideologias, grupos de interesse e movimentos sociais, diversas matrizes constitucionais procuraram alguma âncora de estabilidade institucional em meio às oscilações conjunturais da política eleitoral e da opinião pública. Na busca por um protagonista para titularizar funções equivalentes às antigas prerrogativas reais de poder “neutro” ou “moderador”, o “guardião da Constituição” foi identificado por diferentes teorias e práticas com diversos postos, desde o Presidente da República (eleito plebiscitariamente ou mesmo aclamado como ditador) até os

⁵⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Juízes deferentes? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, v. 6, n. 22, p. 489-524, abr./jun. 2012; GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

⁵⁸ JESTAEDT, Matthias. Teoria da ponderação: altos e baixos. Tradução de Rodrigo Garcia Cadore. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 8, n. 19, p. 173-208, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/49932/29133>. Acesso em: 26 nov. 2024.

juízes, passando pela burocracia pública em geral, pelas Forças Armadas, em particular, ou mesmo por uma corte constitucional.

É importante ressaltar o quanto a análise comparativa e de maior duração ajuda a iluminar aspectos mais conjunturais e atuais do quadro constitucional brasileiro, particularmente quanto à posição do STF diante da separação de Poderes e da democracia de massas. Em sua projeção ao desenho e à prática institucional do STF, podem ser pontuados alguns traços desse sincretismo, todos merecedores de investigações mais aprofundadas, que extravasam o caráter histórico ou genealógico proposto por este artigo. Uma primeira variável diz respeito à combinação do formato judiciário do tribunal como garantidor de direitos, molde forjado no início da república à luz da Suprema Corte americana, com a crescente influência, na trajetória brasileira, do desenho institucional de uma corte constitucional ao estilo europeu, vista desde as origens desse modelo como árbitro político de impasses federativos⁵⁹ e entre os Poderes políticos. Mais específica e contextualmente, temos a combinação de papéis programada pela Constituição de 1988, que lastreia o protagonismo do STF inclusive no jogo político e na opinião pública. Tal visibilidade se explica, em grande medida, pela interseção de funções não apenas de uma corte constitucional em sentido estrito (com seu amplo rol de instrumentos e legitimados para o controle abstrato de constitucionalidade, muitas vezes demandando o arbítrio de questões morais e politicamente controversas e o deslinde de impasses institucionais entre os poderes políticos), mas também de última instância recursal (julgando demandas de grande volume, impacto social e direcionamento de toda a jurisprudência) e foro por prerrogativa de função (com extenso rol de beneficiados e julgamentos de grande repercussão política), além da interface com a Justiça Eleitoral⁶⁰. Com isso, além de velar pelos direitos fundamentais e pelas regras básicas de organização do poder, o STF acaba sendo também um estuário dos conflitos políticos, fornecendo uma saída (alternativa à concertação política, à convocação popular e, sobretudo, à arbitragem militar protagonizada de fato pelas

⁵⁹ Sobre o caso brasileiro, ver: COSTA-NETO, João; MELLO, João Pedro de Souza. O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos. *Revista General de Derecho Constitucional*, v. 37, p. 1-28, 2022.

⁶⁰ Além de o Supremo ter três ministros como membros simultaneamente do Tribunal Superior Eleitoral, ver, por exemplo, os Inquéritos instaurados pelo STF – IP 4.781/DF (2019) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4781/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2024) e 4874/DF (2023) – sobre *fake news* e milícias digitais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4874/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 19 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6214799>. Acesso em: 27 nov. 2024).

Forças Armadas em alguns momentos da história nacional)⁶¹ à paralisia decisória entre Legislativo e Executivo, nos termos da heterogeneidade e fragmentação partidária e regional, características do presidencialismo brasileiro⁶². Retroalimentam o exercício dessas funções a judicialização de políticas públicas (seja para um controle estrutural, seja na concessão de prestações individualizadas de serviços de saúde, educação etc.) e a estruturação e ampliação das competências do Ministério Público e da Defensoria Pública (cujas garantias foram progressivamente ampliadas pelas Emendas à Constituição n. 40/2004, 74/2013 e 80/2014).

Além da (i) combinação de modelos e funções da corte, outras variáveis caracterizadoras do sincretismo constitucional brasileiro incluem: (ii) a heterogeneidade de dispositivos constitucionais analisáveis (cláusulas pétreas indeterminadas, direitos e garantias individuais, coletivos e difusos, prerrogativas funcionais e corporativas, normas de organização do Estado e políticas públicas)⁶³; (iii) a variedade de instrumentos e vias processuais (ações abstratas de controle da ação e omissão inconstitucional, recursos e ações concretas, como mandados de segurança, de injunção e reclamação para manter a autoridade do tribunal); (iv) o vasto repertório de técnicas hermenêuticas (interpretação conforme a Constituição, modulação de efeitos da sentença, declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, sentenças manipulativas aditivas etc.); (v) a flexibilidade de estratégias decisórias (agenda, pauta, decisão monocrática ou colegiada, audiências públicas, “concertações” ou “diálogos” formais ou informais com outros Poderes); e (vi) a combinação, conforme o perfil de cada ministro e a tática de abordagem dos temas sob julgamento, de estilos interpretativos – ora mais regrados, autocontidos e formalistas, ora mais abertamente baseados em juízos sobre princípios de justiça ou mesmo em avaliações pragmáticas, instrumentais ou consequencialistas sobre políticas públicas.

Uma vez que nos damos conta das variáveis desse sincretismo (de modelos e funções, cláusulas controláveis, vias processuais, técnicas hermenêuticas, estratégias decisórias e estilos interpretativos e argumentativos) que se operou na experiência constitucional brasileira, torna-se explicável como um mesmo tribunal pode, em um

⁶¹ FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectiva, 2019. cap. 5. Ver também FURTADO, Celso. Obstáculos políticos ao crescimento brasileiro. In: FURTADO, Celso. **Essencial Celso Furtado**. Organização, apresentação e notas de Rosa Freire D’Aguiar. São Paulo: Pinguim-Companhia das Letras, 2013. p. 405-427.

⁶² ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁶³ ARANTES, Rogério Bastos. STF e Constituição *policy-oriented*. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 1, n. 1, p. 299-342, jan./jun. 2021.

caso concreto (controle difuso), garantir à mãe não gestante, em uma união homoafetiva, o gozo da licença maternidade ou paternidade (mesmo que a companheira já tenha usado o benefício), usando explicitamente a definição de isonomia proposta por Ronald Dworkin;⁶⁴ e, em outro, atuar como autêntico “legislador negativo”, em controle concentrado, declarando lei estadual que garantia direitos aos deficientes, inconstitucional por violar as competências legislativas da União e afirmando, assim, a supremacia da Constituição⁶⁵. É também a partir do sincretismo que entendemos por que o STF tem, hoje, papel de protagonista em questões políticas candentes, como a possibilidade ou não de prisão, para o cumprimento de pena, após a condenação em segunda instância⁶⁶, ou a possibilidade do *homeschooling*⁶⁷.

Não devemos, entretanto, cair na tentação de imaginar que diagnosticar o sincretismo constitucional seja uma forma de afirmação ou defesa do colonialismo mental. Falar em sincretismo constitucional é reconhecer, sim, como não poderia ser diferente, o aporte estrangeiro nas nossas instituições constitucionais, mas é também notar, simultaneamente, que essas diferentes recepções, em conjunto com a nossa trajetória e aquilo que nos é peculiar, produziram um sistema de controle de constitucionalidade único no mundo. Apenas partindo de tal diagnóstico é que se pode avançar em hipóteses de pesquisa, críticas e propostas de reforma institucional contextualmente informadas.

⁶⁴ RE 1211446, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-s/n DIVULG 20-05-2024 PUBLIC 21-05-2024 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1211446/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777052102>. Acesso em: 27 nov. 2024).

⁶⁵ ADI 7208, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 19-04-2023 PUBLIC 20-04-2023 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7208/MT**. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767107858>. Acesso em: 27 nov. 2024).

⁶⁶ Controvérsia na qual, diga-se de passagem, foram mobilizados argumentos de toda ordem e que podem encontrar raízes nas mais diversas tradições jurídicas. *Vide* ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07-11-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 27 nov. 2024).

⁶⁷ RE 888815, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 888815/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 27 nov. 2024).

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALVARENGA, Nilo de. Emenda n. 1.107, apresentada em 20 de dezembro de 1933. *In*: REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**: organizados pela redacção dos annaes e documentos parlamentares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, v. 3, p. 513–515. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/482e5d9f-7ace-4b6b-b582-3068dd9dc8b3>. Acesso em: 26 nov. 2024.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5468088/mod_resource/content/1/MIOLO%20Inova%C3%A7%C3%B5es%20Constitucionais.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

ARAGÃO, João Guilherme de. Dualidade e unidade de jurisdição no Brasil. **Revista do Serviço Público**, v. 66, n. 1, p. 126–137, jan. 1955. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/5294/2861>. Acesso em: 26 nov. 2024.

ARANTES, Rogério Bastos. STF e Constituição policy-oriented. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, v. 1, n. 1, p. 299–342, jan./jun. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725–738.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New Haven, London: Yale University Press, 1962.

BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BOURGET, Renaud. O controle de constitucionalidade a posteriori das leis pelo Conselho Constitucional francês. Tradução de Fernanda Figueira Tonetto. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 2, p. 97–108, maio/ago. 2020.

BUENO, José Antonio Pimenta, Marquês de. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CASABIANCA, Denis de. Le(s) "corps politique(s)" dans L'esprit des lois de Montesquieu. **Trans/Form/Ação**, v. 30, n. 2, p. 23-32, 2007.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia de desenvolvimento em perspectiva histórica. Tradução: Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004.

COSTA-NETO, João; MELLO, João Pedro de Souza. O federalismo brasileiro está morto e o assassino é o STF: uma tragédia em cinco atos. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 37, p. 1-28, 2022.

CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Apontamentos sobre jurisdição administrativa e o Conselho de Estado do Brasil-Império. **Direito Público** / Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), v. 9, n. 50, p. 167-185, mar./abr. 2013.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, v. 6, p. 279-295, 1957. Disponível em: <https://docenti.unimc.it/benedetta.barbisan/teaching/2019/20552/files/robert-dahl-decision-making-in-a-democracy-i.e.-are-courts-truly-countermajoritarian>. Acesso em: 26 nov. 2024.

DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectiva, 2019.

FRATE, Paolo Alvazzi del. Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789. **Revue historique de droit français et étranger**, v. 86, n. 2, p. 253-262, avril/juin 2008.

FURTADO, Celso. Obstáculos políticos ao crescimento brasileiro. In: FURTADO, Celso. **Essencial Celso Furtado**. Organização, apresentação e notas de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Pinguim-Companhia das Letras, 2013. p. 405-427.

GILISSEN, John. Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. In: PERELMAN, Chaïm (org.). **Le problème des lacunes en droit**. Bruxelles: E. Bruylant, 1968. Série : Travaux du Centre National de Recherches de Logique. p. 197-246.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. *In*: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.). **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 81-98.

GOMES, Frederico Barbosa. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, n. 2, p. 153-180, jul./dez. 2010.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Exégesis (escuela). Traducido por: Andrés Botero. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte, n. 48, p. 263-277, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301011.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist papers**. Edited by Lawrence Goldman. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HART, Herbert L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. *In*: HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 123-144.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

HESPANHA, António Manuel. Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos. Traducido por Andrés Botero-Bernal. **FORUM**, Revista del Departamento de Ciencia Política, Universidad Nacional, Sede Medellín, n. 3, p. 13-51, enero/jul. 2012. Disponível em: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/42695/32373-119741-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 nov. 2024.

HOFMANN, Hasso. **Filosofia jurídica pós 1945: sobre a história do pensamento jurídico na República Federal da Alemanha**. Tradução: Ítalo Roberto Fuhrmann. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

JESTAEDT, Matthias. Teoria da ponderação: altos e baixos. Tradução de Rodrigo Garcia Cadore. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 173-208, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/49932/29133>. Acesso em: 26 nov. 2024.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. Tradução de Maria Ermantina Galvão. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 119-186.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920. Tradução de Alexandre Krug. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 1-46.

KELSEN, Hans. O controle judicial da constitucionalidade: (um estudo comparado das constituições austríaca e americana). *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 299-319.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução de Alexandre Krug. *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes 2013. p. 237-298.

LAW, Jonathan; MARTIN, Elizabeth A. Quashing order. *In*: **A dictionary of law**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100358804>. Acesso em: 9 jun. 2024.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 8, p. 2312-2386, June 2006.

LEWIS, Sebastian. Precedent and the rule of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 41, n. 4, p. 873-898, Winter 2021. Disponível em: <https://academic.oup.com/ojls/article/41/4/873/6161245>. Acesso em: 26 nov. 2024.

LOCKE, John. The second treatise of government: an essay concerning the true original, extent, and end of civil government. *In*: LOCKE, John. **Two treatises of government**. Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 265-428.

MACHADO, Felipe Mata. **Julgar a lei, administrar o Estado**: uma outra história do controle abstrato de constitucionalidade. Londrina: Thoth, 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERKL, Adolf Julius. Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do direito. *In*: MERKL, Adolf Julius. **Escritos de teoria do direito**. Tradução de Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2018.

MÖLLER, Kai. **The global model of constitutional rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de. **De l'esprit des lois**. Paris: Gallimard, 1995.

MORRISON, Rodney J. Franklin D. Roosevelt and the Supreme Court: an example of the use of probability theory in political history. **History and Theory**, v. 16, n. 2, p. 137-146, May 1977.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven: Yale University Press, 1996.

PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. A primeira década de Corte constitucional na Inglaterra: reflexões sobre uma suposta virada republicana na monarquia. **Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça**: RejuriSTJ, v. 2, n. 2, p. 351-381, jul./dez. 2021.

PRZEWORSKI, Adam. Conquered or granted? A history of suffrage extensions. **British Journal of Political Science**, v. 39, n. 2, p. 291-321, Apr. 2009. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/british-journal-of-political-science/article/abs/conquered-or-granted-a-history-of-suffrage-extensions/A4E9E4C21CA70A0603744957F941A78A>. Acesso em: 26 nov. 2024.

RAMOS, Luiz Felipe Rosa. **Por trás dos casos difíceis**: dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. **O problema da criação e da fundamentação do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **System of the modern Roman law**. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitz. Durham: Duke University Press, 2008.

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

SCHMITT, Carl. State ethics and the pluralist state. *In*: JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2002. p. 300-312.

SCHMITT, Carl. Statute and judgement. *In*: VINX, Lars; ZEITLIN, Samuel Garrett (eds). **Carl Schmitt's early legal-theoretical writings: Statute and judgment and the Value of the state and the significance of the individual**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 39-155.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Coordenador e supervisor: Luiz Moreira; tradutor: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo: RDA**, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. **Política y derecho en la era del New Deal: del formalismo al pragmatismo jurídico**. Madrid: Dykinson, 2002.

THE LAW SOCIETY. Judicial review reform. **Law Society**, 28 Apr. 2022. Disponível em: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/human-rights/judicial-review-reform>. Acesso em: 9 jun. 2024.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy: from Politics, a work in constructive social theory**. London: Verso, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo: RDA**, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Juízes deferentes? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, v. 6, n. 22, p. 489-524, abr./jun. 2012.

VINX, Lars. **The guardian of the constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, April 2006. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 26 nov. 2024.

Acórdãos citados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4781/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Inquérito 4874/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 19 de novembro de 2024. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6214799>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7208/MT**. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767107858>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 888815/RS**. Relator: Min. Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1211446/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777052102>. Acesso em: 27 nov. 2024.