

A força democrática das Supremas Cortes

LUCIANO ROSA VICENTE

SANDRO LÚCIO DEZAN

Resumo: Este estudo trata da ascensão das Constituições, do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes, com o objetivo de descobrir o quanto estas ascenderam na escala dos Poderes e em que medida contribuem para o fortalecimento da democracia. A pesquisa é descritiva, explicativa, indutiva e bibliográfica, com técnica de documentação indireta, justificada pela importância de definir a atual posição do Poder Judiciário no cenário democrático e pela necessidade de aperfeiçoamento constante da democracia. Conclui-se que as Cortes Supremas também representam o povo, embora seus membros não se cubram com o manto do sufrágio; e que, frequentemente, contribuem para a evolução democrática da sociedade, para a impulsão da história e para o processo civilizatório.

Palavras-chave: democracia; Constituição; constitucionalismo democrático; Supremas Cortes; representantes do povo.

The democratic force of the Supreme Courts

Abstract: This study aims to discuss the rise of Constitutions, of the democratic constitutionalism and of the Supreme Courts, with the objective of discovering how much they have risen in the scale of powers and what was their extension to contribute to the strengthening of democracy. The research was descriptive, explanatory, inductive and bibliographical, with indirect documentation technique, justified by the importance of defining the current position of the Judiciary in the democratic scenario and by the need for constant improvement of democracy. It concludes that the Supreme Courts also represent the people, although their members do not cover themselves with the mantle of suffrage and, frequently, they contribute to the improvement of democracy, to the impetus of history and to the civilizing process.

Recebido em 30/9/22
Aprovado em 14/11/22

Keywords: democracy; Constitution; democratic constitutionalism; Supreme Courts; representatives of the people.

1 Introdução

Uma cidadã já idosa trabalha num bar e mora de aluguel numa quitinete na periferia de uma capital. Com ela vive uma pessoa com deficiência: seu único filho. Até que chega o dia em que o bar fecha, ela fica desempregada e deixa de pagar o aluguel nos três meses seguintes. Conforme lhe garante o contrato, o locador move ação de despejo, e acata-a de imediato o juiz singular. Contudo, representada pela Defensoria Pública, a mãe recorre da sentença, e o Tribunal de Justiça reforma a decisão: os dois hão de permanecer no imóvel, pois viola o princípio da dignidade da pessoa humana condenar ao desabrigo uma idosa e seu filho PCD¹.

Decisões com esse teor são cada vez mais comuns no Judiciário brasileiro e no de outros países – aplaudidas por uns e criticadas por outros. Os que as apoiam aplaudem a ascensão do Judiciário, a centralidade da Constituição no sistema jurídico e a aplicação direta de princípios, mesmo quando há lei em sentido contrário disciplinando o tema, como a *Lei do inquilinato* naquele caso; os que as criticam consideram-nas uma usurpação da função legislativa pelo Judiciário, visto como sem representatividade democrática.

Esse debate tem como componente elementar a democracia, “a pior forma de governo que existe, à exceção de todas as outras”, como disse Churchill em 1947 na Câmara dos Comuns na Inglaterra (RUNCIMAN, 2018, p. 27). Abstraindo-se o fato de que a democracia se enquadra melhor como *regime* de governo, não como *forma*, aqui interessa que ela prevaleceu sobre os demais regimes no século XX.

Ela superou o comunismo, que mostrou a cara com a Revolução Russa de 1917; o fascismo italiano no início dos anos 1920; o nazismo na Alemanha a partir dos anos 1930; os regimes militares na América Latina, Ásia, África e em alguns países europeus após a Segunda Guerra; e o fundamentalismo religioso vindo da revolução dos aiatolás no Irã, em 1979. Nesse embate de ideologias, venceu a democracia, hoje com a

¹ O exemplo inspira-se tanto no caso citado por Horbach (2007) no artigo “A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos” quanto numa notícia publicada pela Defensoria Pública de São Paulo (SÃO PAULO, [2016]).

centralidade e a supremacia da Constituição, não a do partido, das forças armadas ou das escrituras religiosas (BARROSO, 2022, p. 5).

O constitucionalismo democrático chegou tarde ao País, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Desde a Independência foram sete Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), o que demonstra a instabilidade, a descontinuidade e a fragilidade das instituições políticas.

Na América Latina, outros países andaram ainda pior, como a República Dominicana e suas 32 Constituições; a Venezuela, com 26; o Haiti, com 24; e o Equador, com 20. Enquanto nos EUA se projetou a Constituição para amparar um governo de leis e não de homens, usaram-se as Cartas latino-americanas para subverter o Estado de Direito (FERGUSON, 2017, p. 160).

A marca do constitucionalismo brasileiro até a CRFB foi a inefetividade, a não aplicação da norma pensada na vida real, como a Carta de 1824, que previa que “a lei será igual para todos”, ao tempo em que vigoravam os privilégios da nobreza, o voto censitário e a escravidão. A Carta de 1969 assegurava liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores direitos sociais fictícios, como colônias de férias e clínicas de repouso (BARROSO, 2018b, p. 19).

Trilhando um novo caminho desde a CRFB, o Direito brasileiro seguiu a tendência mundial e passou por grandes mudanças relacionadas à emergência de um novo modelo na teoria jurídica e na prática dos tribunais, que ficou conhecido como *Neoconstitucionalismo*, cujas características (SARMENTO, 2009, p. 115) são: i) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos na aplicação do Direito; ii) os métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, as teorias da argumentação etc.; iii) a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; iv) a aproximação entre o Direito e a Moral, com maior penetração da Filosofia nos debates jurídicos; e v) a judicialização da política e das relações sociais.

O Neoconstitucionalismo ampliou a influência das Constituições sobre todo o ordenamento e levou o Poder Judiciário a adotar novas técnicas hermenêuticas para complementar a tradicional subsunção, como a ponderação e o uso mais frequente do princípio da proporcionalidade. Nesse contexto, houve significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário (SARMENTO, 2007, p. 122).

Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas no Judiciário, sobretudo por Cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social derrotado nas disputas legislativas, nas quais comumente não há consenso (SARMENTO, 2009, p. 118).

De Poder quase sem poderes – que em 1748 Montesquieu (2000, p. 169-175) tratou como invisível e nulo, como mera boca que pronuncia sentenças da lei e cujos membros são seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor –, o Judiciário acabou por alçar-se a uma posição mais importante na estrutura institucional do Estado contemporâneo.

Em vista disso, o objetivo deste estudo é descobrir por quê e como as Supremas Cortes ascenderam na escala dos Poderes e em que medida contribuem para o fortalecimento da democracia. Busca-se esse objetivo mediante pesquisa descritiva, explicativa, indutiva e bibliográfica, com técnica de documentação indireta, justificada pela importância de definir a atual posição do Poder Judiciário no cenário democrático e pela necessidade de aperfeiçoamento constante da democracia.

2 A ascensão do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes

Em 1748 Montesquieu escreveu sua principal obra, *O espírito das leis*; e o capítulo VI do Livro XI (“Da Constituição da Inglaterra”) foi um dos que mais influenciaram o constitucionalismo ocidental. Descrevendo o formato institucional inglês moldado na primeira metade do século XVIII, receitou uma estrutura de Poderes que prevenissem o absolutismo (FERREIRA FILHO, 2002, p. 59). Nesse capítulo, Montesquieu (2000, p. 166) defende que “todo homem que possui poder é levado a abusar dele, indo até onde encontra limites”; e em seguida indica o remédio para impedir o abuso: “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

O filósofo francês defendia que cada Estado tinha três espécies de Poderes: i) o Legislativo, que faz, corrige ou revoga leis; ii) o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, que faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança e previne as invasões; e iii) o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Eis aí o molde dos atuais Legislativo, Executivo e Judiciário (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168). Para Montesquieu (2000), o Judiciário era um Poder invisível, nulo e sem força, mera “boca da lei”.

Foi a partir de 1787-1788 que se iniciou nos EUA o processo de fortalecimento dos juízes, como se observa nos artigos de Madison, Hamilton e Jay (1993) compilados na obra *Os federalistas*. Thomas Jefferson tem sido considerado quem melhor escreveu sobre princípios de governo, traçando as bases teóricas da estrutura política de muitos países ocidentais – o

republicanismo, o presidencialismo, a democracia representativa e o federalismo (LIMA, 2011, p. 125): “a primeira e uma das mais completas formulações da teoria do Estado federal” (LEVI, 1998, p. 480). A obra contém 85 artigos, e o 78º, escrito por Hamilton (1993), trata da organização do Poder Judiciário, visando ao seu fortalecimento: se o Poder Executivo tinha a “espada” para agir e o Legislativo a “bolsa” que controlava as riquezas do país, o Judiciário nada tinha. Por isso, as propostas miravam em três alvos para fortalecê-lo: a forma de designação dos juizes, as condições de permanência nos cargos e a partilha do poder entre os tribunais.

Alguns anos depois, essas teorias sobre o fortalecimento do Judiciário foram praticadas no caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 na Suprema Corte dos EUA. Essa decisão foi o marco inaugural do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, contendo os fundamentos para a atuação judicial voltada a assegurar a integridade do texto constitucional, preservando-o contra interferências indevidas dos demais Poderes estatais (SANTIAGO, 2015, p. 278).

A partir de então, o Judiciário e a Suprema Corte dos EUA começaram a consolidar-se, ao passo que na maior parte da Europa ainda vigoraria até 1945 um modelo de supremacia do Legislativo, na linha da concepção francesa de lei como expressão da vontade geral. Apenas no final daquela década chegou a onda constitucional, com novas Constituições e um novo modelo inspirado na experiência norte-americana de supremacia da Constituição (BARROSO, 2013, p. 193-195).

Até aquele momento, entendiam-se as Constituições como documento político, um convite à atuação dos poderes públicos, e deixava-se a concretização de suas propostas condicionada à atuação do legislador ou do administrador, negando ao Judiciário qualquer

papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. A propósito, Hesse (1991) defendeu a valorização da Constituição no seu clássico *A força normativa da Constituição*, publicado originalmente em 1959.

Essa guinada para o constitucionalismo e o fortalecimento das Cortes Supremas tiveram três marcos: o histórico, o filosófico e o teórico. Neste, o impulso veio do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. O marco filosófico foi o fracasso político do positivismo após a Segunda Guerra Mundial, durante a qual se promoveu a barbárie sob a proteção da legalidade. O marco histórico foi o constitucionalismo do pós-guerra (especialmente na Alemanha e na Itália), que ao longo da segunda metade do século XX redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas, no que foram seguidas por Espanha e Portugal com a queda de ditaduras de direita (BARROSO, 2013, p. 190-192).

A percepção de que as maiorias políticas podem promover a barbárie, como o fez o nazismo, levou lideranças políticas a promulgarem novas Constituições e fortalecerem a jurisdição constitucional, fixando mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador. Sob essa perspectiva, “a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis” (SARMENTO, 2009, p. 113), como ocorreu no caso *Marbury vs. Madison* em 1803.

Depois de Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, a constitucionalização do Direito expandiu-se para países do Terceiro Mundo,

como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e Brasil – neste já tardiamente, com a CRFB (BARROSO, 2013, p. 187). A nova matriz é a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência em detrimento do Direito esteado em código e em lei formal (SARMENTO, 2009, p. 114).

Vive-se numa época de expansão global do Judiciário: se durante o século XIX a revisão judicial da legislação era peculiaridade norte-americana, atualmente 158 países têm algum instrumento de jurisdição constitucional e proliferam mecanismos de controle de constitucionalidade, além do avanço na tutela internacional dos direitos humanos por meio de tratados internacionais e Cortes internacionais (BRANDÃO, 2013, p. 176). Portanto, a constatação de Tocqueville (1977, p. 32) em relação aos EUA de 1820-1830 – a de que dificilmente havia controvérsia moral e política que não se convertesse em controvérsia judicial – hoje tem lugar numa grande quantidade de países, entre os quais o Brasil.

Assim se chegou ao atual cenário jurídico de constitucionalismo democrático, que tem na centralidade da Constituição sua principal característica, com a conseqüente valorização das Cortes constitucionais e do Judiciário, que de Poder “nulo” nos tempos de Montesquieu passou a protagonista no atual palco dos Poderes.

3 Defesa da atuação criativa do Judiciário

Esse fortalecimento do Judiciário e, notadamente, das Supremas Cortes movimentou o debate sobre a judicialização da política, processo em que elas e os juízes dominam progressivamente a produção de políticas públicas e de normas antes decididas nos Poderes Legislativo e Executivo

(BRANDÃO, 2013, p. 177). Não se trata do “ativismo judicial”, caracterizado por decisões expansivas que cruzam as fronteiras anteriormente traçadas para a atuação do Judiciário (LORENZETTO; CLÈVE, 2017, p. 147).

A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) também decorre da sua arquitetura institucional, pois a CRFB conferiu-lhe amplos poderes, com funções que na maioria das democracias atuais se distribuem em três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 55).

Esta seção apresentará o ponto de vista dos que defendem o alargamento dos poderes do Judiciário, notadamente das Cortes Supremas, como medida inevitável para a proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. A esse respeito, são emblemáticas algumas questões (BARROSO, 2012, p. 128-129):

- I. O Estado pode impedir um anão de participar, espontaneamente, de competição pública na qual vence aquele que o arremessar mais longe?
- II. O Estado pode impedir a suspensão de procedimentos médicos em pessoa que há vários anos vive em estado vegetativo?
- III. Uma pessoa pode publicar textos negando o Holocausto durante a Segunda Guerra Mundial?
- IV. Uma pessoa pode manter relações sexuais que incluam agressões e lesões corporais no(a) parceiro(a) com o consentimento deste(a)?
- V. A prostituição deve ser reconhecida legalmente como profissão, para que seus praticantes tenham direitos trabalhistas e previdenciários?
- VI. Alguém pode impedir a publicação de biografia que considere ofensiva a sua honra?
- VII. Uma pessoa totalmente incapaz, representada pelos pais, pode pleitear indenização

por ter nascido em vez de ter sido abortada, em razão de erro no diagnóstico médico que não identificou graves lesões físicas e mentais que autorizariam o aborto?

VIII. Um casal surdo-mudo pode utilizar a engenharia genética para gerar um filho com a mesma deficiência, para assim habitar o mesmo universo existencial dos pais?

IX. Um adepto da religião Testemunha de Jeová pode negar-se a receber o sangue indispensável para lhe salvar a vida?

X. Uma pessoa nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se transexual feminina, pode celebrar com uma mulher um casamento entre pessoas do mesmo sexo?

Entre vários outros, esses casos complexos ocorreram no Brasil e no exterior e desaguaram em Cortes constitucionais. Nenhum deles tinha uma resposta pronta e segura na normatização, pois o constituinte e o legislador não são capazes de prever todas as situações passíveis de ocorrer na vida real. Daí a crescente publicação de Constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses antagônicos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido completo só pode ser fixado em interação com os fatos subjacentes. Assim, por opção do constituinte ou do legislador, muitas questões passam a ser decididas no Judiciário (BARROSO, 2018a, p. 99).

Além disso, nem sempre se chega ao consenso nos debates legislativos, os quais envolvem muitos interesses, alguns inconciliáveis, o que leva as partes derrotadas a recorrerem ao Judiciário para fazer prevalecer seu ponto de vista. Também há temas que dividem a sociedade, e os agentes políticos preferem não enfrentá-los para não desagradar a uma parcela do seu eleitorado. Nesses casos, é inevitável que as demandas cheguem ao Judiciário, e ele não pode deixar de examiná-las. Assim, aos cidadãos a jurisdição permite discutir

os atos estatais com base em como veem os seus próprios direitos, a fim de exigir que o Judiciário os avalie mediante argumentos jurídicos, ainda que para apenas confirmar a escolha política (MENDONÇA, 2017, p. 520).

Há significativo consenso doutrinário a respeito da principal causa da expansão do Judiciário: a afirmação da democracia. Embora criticado como antidemocrático, o controle de constitucionalidade é produto da democracia e tende a expandir-se em compasso com sua ampliação. Dessa forma, a relação entre democracia e controle de constitucionalidade é sinérgica, e as democracias bem ordenadas fomentam a expansão do Judiciário (BRANDÃO, 2013, p. 187-188). Na medida em que julgam de acordo com “as regras do jogo”, são os participantes do debate judicial que viabilizam esse “jogo” e concorrem para o seu desfecho jurídico – o ato decisório com o qual, em nome de toda a sociedade, o juiz soluciona e encerra conflitos, impedindo que prossigam ou se renovem (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 163).

Por isso, as decisões judiciais não traduzem a vontade dos que as proferem; são antes expressão do poder social, conforme as regras e princípios do ordenamento jurídico. Não por acaso a CRFB dispõe que todo o poder emana do povo, não dos seus representantes ou do texto constitucional – ou seja, tem importância secundária o modo como o povo o exercerá, se diretamente, se por meio dos delegados que eleger (COELHO, 2015, p. 21).

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização de vontade da Constituição. Não se trata de menosprezar o método clássico da subsunção, fundado na aplicação das regras, que continua relevante na busca do sentido da norma e na solução dos casos concretos, mas nem sempre suficiente (BARROSO, 2020a, p. 294). O papel do intérprete já não se

reduz a uma função de conhecimento técnico que soluciona o enunciado normativo. Em muitas situações, o intérprete participa do processo de criação do Direito, completa o trabalho do constituinte ou do legislador, avalia o sentido das cláusulas abertas e escolhe a melhor dentre as soluções possíveis (BARROSO, 2020a, p. 296).

Essa atuação do intérprete é inevitável no caso das atuais Constituições, que são dialéticas e protegem bens jurídicos antagônicos, como a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, a livre iniciativa e a proteção do consumidor, o direito de privacidade e a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e o direito de ir e vir. Ademais, a técnica de legislar usando cláusulas gerais – conceitos jurídicos com linguagem aberta e vaga – transfere ao intérprete a função de complementar o sentido da norma no caso concreto, ao atribuir-lhe um mandato para desenvolver normas jurídicas, o que remete a elementos cuja concretização pode estar fora do sistema (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8).

Tais argumentos demonstram que, apesar de não emanadas do mandato eletivo, as decisões judiciais têm legitimidade democrática, porque os juízes integram a engrenagem estatal que conduz o Estado; são investidos no cargo mediante critérios muito bem delineados; têm responsabilidades legalmente previstas; decidem e votam publicamente; e exercem seu poder sem dispor de armas e de controle sobre o dinheiro público. Por isso, são representantes do povo também.

Reforça esse argumento o fato de que numa democracia ninguém pode impedir a imprensa de falar primeiro e o Judiciário por último, pois em todos os países democráticos a democracia é o princípio dos princípios, aquele que ocupa substantivamente o mais alto posto nas Constituições, ainda que se critique a atuação judiciária criativa.

4 Críticas à atuação criativa do Judiciário

Demonstrou-se anteriormente que as normas constitucionais conquistaram a condição de normas jurídicas imperativas e aptas a tutelar diretamente as situações que contemplam. Assim, a Constituição passou a ser a lente com a qual se leem as normas infraconstitucionais, conferindo novo sentido aos demais ramos jurídicos. Guardiãs da Constituição, as Cortes constitucionais ganharam espaço no palco do poder.

As normas constitucionais, por seu conteúdo aberto e principiológico, muitas vezes demarcam apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas: “À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o [caso]” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 28).

A essa interpretação mais aberta das normas constitucionais atribuem-se alcunhas como *juristocracia* e *ministrocracia*. O primeiro termo aparece da obra de Ran Hirschl e já foi assimilado no Brasil na crítica que se faz ao Judiciário em virtude da forma crescente com que ocupa espaços políticos e transforma a supremacia da Constituição em supremacia das Cortes constitucionais (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1.780).

Haveria uma “cobra no jardim”, um “problema desagradável” no centro do Direito Constitucional representado por um controle de constitucionalidade antidemocrático? O questionamento ocorre porque “em graus crescentes no mundo democrático, juízes declaram inconstitucionais leis aprovadas por legisladores eleitos por uma maioria ou pluralidade de eleitores” (DWORKIN, 1990, p. 325, tradução nossa).

Há uma declaração do então *chief justice* da Suprema Corte dos EUA, Charles Evans Hughes a respeito do problema: “A Constituição significa o que a Suprema Corte diz que ela significa”. Numa democracia – em que todo o poder emana do povo – a frase não faz sentido, dado que a Constituição é obra do povo ou de seus representantes eleitos, instituindo o exercício do poder pelo povo, inclusive no que se refere ao seu significado (AMARAL JÚNIOR, 2013).

Opondo-se à assertiva de Hughes, afirma Kramer (2011, p. 302, tradução nossa) que, “para controlar a Suprema Corte, necessitamos primeiro reclamar a Constituição para nós mesmos”, o que significa “repudiar publicamente os juízes da Corte que dizem que eles, e não nós, detêm a máxima autoridade para dizer o que significa a Constituição”.

Estudando a nova hermenêutica constitucional, Horbach (2007, p. 81) afirma que, apesar da separação dos Poderes e da definição das atribuições legislativas e judiciais, vive-se uma confusão entre esses níveis de produção jurídica, sem uma fronteira nítida entre jurisdição e legislação. Essa situação decorre de vários fatores, mas sobretudo de uma crise institucional, uma desestruturação dos Poderes. A concentração das funções jurisdicional e de guarda da Constituição no Poder Judiciário contribui para isso, e esse problema já é notado há muito por juristas e políticos. Horbach (2007) assinala que no Brasil, em especial no que toca aos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, existe uma crise de mentalidade cristalizada na chamada *nova hermenêutica constitucional*, com vieses pós-positivistas, o que caracterizaria o advento do Neoconstitucionalismo. Esses termos escondem uma atitude ideológica e militante do intérprete para substituir os demais níveis de produção jurídica.

Ferreira Filho (2009, p. 158-159), similarmente, defende que a expressão *pós-positivismo* é inadequada, pois induz à ideia de que antes da pós-modernidade a prevalência do positivismo era absoluta – o que não é verdade: muitas correntes com ele competiam e grandes filósofos do Direito a ele não aderiram, como Gustav Radbruch, John Rawls, Giorgio del Vecchio, Miguel Reale etc. Tal expressão, continua o professor, é caricatura simplória da realidade jurídica, servindo de expediente para o combate contra o Direito moderno. Além disso, “é distorcido esse direito moderno como um direito formalista, cego para os princípios, maquinal na interpretação e sem dar força jurídica às normas constitucionais. Tudo isso é inexato” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 159). Com base nisso, Ferreira Filho (2009, p. 159) conclui que o Direito moderno não era cego aos valores e à Ética.

Influente escola alemã da primeira metade do século XX, a Filosofia dos Valores, prevalente na escola de Baden, era liderada por Gustav

Radbruch, defensor de que “o direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores”, e “a moral é o fundamento da obrigatoriedade do direito”. Ávila (2009, p. 18) tem a mesma compreensão sobre a nova hermenêutica constitucional: o intérprete não pode desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo da democracia, mesmo com base em princípios que pretende aperfeiçoar; daí ser incorreto afirmar que se passou da subsunção à ponderação ou que se deva passar de uma para outra. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, é por meio do Legislativo que se pode melhor obter a opinião de todos. Por isso, devem-se rever as ideias do Neoconstitucionalismo no Brasil, pois defendê-lo é cair numa invencível contradição, a de defender a primazia da Constituição violando-a, conclui Ávila (2009, p. 19).

Desse modo, o Judiciário tornou-se o controlador das políticas públicas sociais no Brasil, embora não o devesse ser, pois não foi eleito para isso. Excessivamente politizado, o Judiciário colocou-se no lugar do administrador e do legislador. Ele não é o responsável por resolver os problemas da saúde, ou da habitação, tarefas do legislador e do administrador, devendo o julgador apenas controlar para que isso seja feito com isonomia e segurança jurídica (RAMOS, 2018).

O argumento apresentado na seção anterior – sobre a inércia parlamentar em alguns temas obrigar o Judiciário a manifestar-se e decidir – gera desconfiança no Legislativo e no Estado de Direito, a qual pode incentivar que juízes individuais aproveitem a oportunidade de falar *para o povo* como se falassem *pelo povo* (ARGUELHES, 2019, p. 361).

Sobre o individualismo de juízes decidindo temas sensíveis para a nação, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 13) estudaram como a ação de um ministro do STF pode influenciar o processo político decisório e defendem que no STF a alocação dos poderes é descentralizada e individualizada, num cenário que chamaram de *ministrocracia*, tornando errática a política constitucional e dificultando a justificação do poder da Corte num regime democrático.

Citam como exemplos os casos em que, por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das “10 medidas contra a corrupção”; e Marco Aurélio Mello determinou que a Presidência da Câmara desse prosseguimento a um pedido de *impeachment* contra o presidente interino Michel Temer (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14). Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais seriam provisórias e dependentes de confirmação do Plenário num futuro próximo. Na prática, o Colegiado nem se manifestou sobre

esses julgamentos solitários de grande repercussão política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o estado das coisas (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

Esse poder individual, concluem os professores, amplifica alguns perigos para as instituições independentes e aumenta o risco de captura da ação de ministros por grupos de interesse ao redor da Corte. A alocação individual e descentralizada de poderes torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos, pois qualquer deles sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto para o próprio exercício do controle de constitucionalidade (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 30).

A compreensão exposta nesta seção critica a nova hermenêutica constitucional, que flui do maior espaço que o Judiciário passou a ocupar na Europa após a Segunda Guerra a partir da Alemanha e da Itália, seguidas por Espanha, Portugal e depois pelos países do Terceiro Mundo, como o Brasil após a CRFB. Esse entendimento defende que “a liberdade excessiva do julgador devora a liberdade mínima do indivíduo” (ÁVILA, 2019, p. 50). Reputa-se antidemocrática a nova forma de interpretação constitucional mais à larga, escorada em princípios e valores, despreendida do texto normativo elaborado pelos representantes do povo no Legislativo, fazendo prevalecer a vontade das Cortes constitucionais – algumas vezes a vontade de apenas um de seus membros em decisão individual.

5 Decisões de Supremas Cortes que fortaleceram a democracia

Nas duas seções anteriores estudaram-se os argumentos favoráveis e contrários à atuação criativa do Judiciário, e nesta se examinarão alguns julgamentos relevantes de Supremas Cortes a fim de que se avalie em que medida o mais alto escalão do Judiciário pode colaborar para o fortalecimento da democracia, a impulsão da história e o processo civilizatório.

Uma prova da relevância que as Supremas Cortes adquiriram no desenho institucional estatal são as manobras que governos autoritários fazem para lhes dar feição que os beneficie, porque capturar os árbitros dá ao governo um escudo e uma arma poderosa, permitindo que ele imponha a lei seletivamente, punindo oponentes e favorecendo aliados (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 82).

Na Hungria, quando Viktor Orban voltou ao poder em 2010, substituiu membros da Corte Constitucional por aliados partidários, seguindo o exemplo de Perón quando assumiu a presidência da Argentina em 1946. Fujimori fez o mesmo em 1997 no Peru, e Hugo Chávez expandiu a Corte

venezuelana para 22 membros em 2004, preencheu as novas cadeiras com correligionários e nos nove anos seguintes nenhuma decisão da Corte o contrariou. Por sua vez, o governo polonês nomeou novos juízes em 2015 e aprovou uma lei prevendo que todas as decisões obrigatórias da Corte necessitavam de uma maioria de dois terços, o que na prática deu ao governo um poder de veto dentro do Tribunal, ceifando sua independência. Em todos esses casos, os governos dominaram os árbitros do jogo democrático, proporcionando aos governantes uma blindagem contra questionamentos constitucionais e uma arma poderosa e legal para atacar seus oponentes com o respaldo institucional de uma Suprema Corte dominada (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 83-84).

Disso se depreende a relevância de proteger constitucionalmente as Supremas Cortes, para que fiquem o mais blindadas possível de governantes maliciosos que queiram perpetuar-se no poder ou governar apenas para os seus grupos de interesse, oferecendo facilidades aos apoiadores e impondo dificuldades aos opositores. Para o bom funcionamento da democracia, é essencial que as Supremas Cortes tenham autonomia e julguem com independência e respeito ao Direito, pois frequentemente são chamadas a decidir sobre temas relevantes para a sociedade, que se bem conduzidos melhorarão o país e a vida dos seus cidadãos – como o fez o STF em casos emblemáticos nos últimos anos.

Em 2008, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12/DF (BRASIL, 2008a), o STF declarou constitucional a Resolução do CNJ nº 7/2005, que vedava o nepotismo no Judiciário. Embora não houvesse lei nesse sentido, entendeu-se que a vedação decorria diretamente dos princípios constitucionais da igualdade, eficiência, moralidade e impessoalidade. Em seguida, o STF publicou a Súmula Vinculante nº 13, que estendeu a proibição aos três Poderes (BRASIL, 2008c).

A vedação ao nepotismo sobressaiu-se como mandamento constitucional, como expressão do princípio republicano que não tolera nenhum tipo de apropriação patrimonial do Estado. Foi um passo importante no combate ao secular patrimonialismo brasileiro, contra todas as manifestações de ação patrimonial e de nepotismo que afloraram em algumas das mais importantes instituições públicas (ARAÚJO, 2013, p. 103).

Também em 2008, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/DF (BRASIL, 2008b), o STF considerou constitucional e autorizou o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Ao permitir essa utilização nos estudos para curar doenças, venceu o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica, além do espírito de sociedade fraterna previsto na CRFB. Para esse julgamento, o relator Carlos Ayres Britto convocou a primeira audiência pública da história do STF. A participação de cientistas como peritos

nas audiências revelou a importância das falas autorizadas pela ciência para construir verdades sobre o estatuto de entes distintos, definindo-os ou não como humanos (LUNA, 2013, p. 91).

Em 2009, na Petição nº 3.388/RR (BRASIL, 2009), o STF confirmou a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, cujo território era disputado desde os anos 1970 por índios e arroteiros. Em 1998, o governo de Fernando Henrique Cardoso demarcou as terras e assegurou a posse permanente aos indígenas, e a homologação definitiva ocorreu em 2005, com um decreto do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, significando que se tratava de uma política de Estado, não apenas de governo, com relação aos povos originários.

A posição dos dois governos demonstrou respeito aos indígenas e à CRFB, que os protege no Capítulo VIII, arts. 231 e 232 (BRASIL, [2022]). Foi uma vitória da democracia e da pluralidade, vencida a colonialidade que excluiu e tornou invisíveis esses povos e suas ricas culturas, que muito teriam agregado ao processo colonizatório, como demonstram os estudos de Casas (2010), Ávila Santamaría (2017), Mignolo (2007), Quijano (2000), Leuzinger e Lyngard (2016).

É frágil o argumento de que muitos indígenas estão aculturados e usufruem dos benefícios da sociedade, pois isso não exclui a sua *indigeneidade* nem os direitos que a CRFB lhes outorgou, devendo a cultura indígena somar-se à cultura “branca”. O mesmo raciocínio funciona para os que recebem terra oriunda de reforma agrária: o fato de terem acesso a tecnologias e outros confortos não lhes retira a condição de agricultor.

Em 2011, na ADI nº 4.277/DF (BRASIL, 2011), o STF decidiu por unanimidade que as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas como entidade familiar, equiparadas às uniões heteroafetivas. O julgamento sepultou a aflição de milhares de casais que viviam juntos, com

projetos de vida em comum, mas abandonados juridicamente, sem definição para o exercício dos direitos civis resultantes da união. A Unesco reconheceu a decisão como patrimônio documental da humanidade em 2018, e o STF ganhou o certificado MoWBrasil, oferecido pela mesma entidade (STF..., 2018). A decisão marcou um avanço na superação de preconceitos e discriminação, para que todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual, tenham o direito de buscar a própria felicidade e viver o seu ideal de vida boa (BARROSO, 2020b, p. 174).

Também em votação unânime em 2012, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF (BRASIL, 2012b), o STF reconheceu a constitucionalidade das cotas raciais para o ingresso nas universidades públicas e contribuiu para diminuir o fosso cavado pelo racismo estrutural no Brasil. Há pelo menos três razões que justificam ações afirmativas como as cotas raciais em universidades públicas (BARROSO, 2020b, p. 180): i) a reparação histórica pelo estigma moral, social e econômico que foi a escravidão no Brasil, seguido pelo completo abandono dos ex-escravizados após a abolição; ii) a necessidade de reconhecer que somos uma sociedade racista, que discriminou e negou oportunidades iguais às populações negras; e iii) a importância do acesso de pessoas negras a posições de liderança e destaque, aumentando a autoestima do grupo e a força para resistir ao preconceito. Nessa mesma linha de raciocínio leciona Moreira (2017, p. 393), com desenvoltura e conhecimento pessoal de causa: trata-se de um jurista negro que aborda os obstáculos levantados pelo racismo e as desigualdades de oportunidades para o negro que tenta “virar o jogo”.

Também em 2012, na ADPF nº 54/DF, o STF julgou inconstitucional a criminalização do aborto de feto anencefálico, acabando com a angústia dos pais que viviam uma dramática

situação. Sobre o início da vida, a CRFB é de um “silêncio de morte”, sentenciou Carlos Ayres Britto, para quem o feto anencefálico é uma crisálida que jamais chegará ao estágio de borboleta e nunca alçará voo; por isso não se pode criminalizar a interrupção de gestação com esse destino (BRASIL, 2012a, p. 259). Pesquisa de 2009, com 1.814 ginecologistas e obstetras, concluiu que, entre as 9.730 mulheres atendidas pelos médicos, 85% preferiram interromper a gestação de seus fetos anencefálicos. Isso demonstra o quanto a assistência médica nesses casos é cotidiana nos serviços de saúde e o desafio ético imposto pela ilegalidade do aborto nesses casos (DINIZ; PENALVA; FAÚNDES; ROSAS, 2009, p. 1.619). Três anos depois o STF ajudou a corrigir essa distorção.

Em 2015, no julgamento da ADI nº 4.650/DF (BRASIL, 2015), o STF proibiu as doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, argumentando que, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico dos grandes doadores no afã de estreitar suas relações com o Poder Público em pactos muitas vezes sem espírito republicano.

As Supremas Cortes estrangeiras guiam-se por essa mesma bússola de abertura interpretativa (BRANDÃO, 2013, p. 178-179): i) em 1993, o Tribunal Constitucional Federal alemão definiu o *status* da Alemanha unificada em face da ordem supraconstitucional europeia; ii) em 1995, a Suprema Corte húngara invalidou parte significativa de pacote econômico que promovia sensíveis cortes em benefícios assistenciais e previdenciários, com base nos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica; iii) em 1996, a Suprema Corte da África do Sul julgou constitucional a anistia para os que confessassem crimes cometidos durante o *apartheid*; iv) em 2004, a Suprema Corte argentina considerou-se competente para apreciar o chamado *corralito* (que foi julgado constitucional), por via do qual se promoveu a total convergência da economia argentina em pesos; v) as Supremas Cortes norte-americana, mexicana e italiana definiram o resultado das eleições presidenciais de George W. Bush, nos EUA em 2004, de Felipe Calderón, no México em 2006, e de Romano Prodi, na Itália em 2006; vi) a Suprema Corte da Coreia do Sul reinstituíu, pela primeira vez na história, um presidente que havia sofrido *impeachment* pelo Parlamento (e a Corte de Apelação de Fiji restabeleceu a Constituição derrubada por um golpe de Estado); e vii) em 2010, a Corte constitucional colombiana decidiu que a prostituição voluntária é uma profissão legítima (COLOMBIA, 2010).

Essas decisões, que se somam a tantas outras não citadas, demonstram a relevância das Supremas Cortes para o fortalecimento da democracia. Do contrário, até hoje no Brasil uma multidão de pessoas homoafetivas viveria suas uniões na clandestinidade jurídica, pois sofreriam com a

gestação de fetos anencefálicos e pessoas com deficiências severas não teriam esperança de reabilitação por terapias com uso de células-tronco.

A CRFB cita dezessete vezes *democracia*, desde o Preâmbulo e a cabeça do art. 1º, o qual trata dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Por essas e outras razões, a democracia é o princípio dos princípios (BRITTO, 2008, p. 158), e em muitos casos o STF tem desempenhado o papel de consolidá-la, apesar de alguns deslizamentos naturais do processo democrático.

6 Conclusões

O objetivo deste estudo foi descobrir por quê e como as Supremas Cortes ascenderam na escala dos Poderes e em que medida elas têm contribuído para o fortalecimento da democracia.

Para alcançar o intento, pesquisou-se a ascensão do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes, para em seguida investigar a atuação criativa do Judiciário. Apresentaram-se as críticas à atuação criativa do Judiciário e decisões de Supremas Cortes que fortaleceram a democracia. Constatou-se que originalmente o Judiciário era um Poder sem força, mera boca da lei, nas palavras de Montesquieu. Posteriormente, em 1787-1788, os federalistas defenderam o fortalecimento do Judiciário; e em 1803 ele mostrou sua força no caso *Marbury vs. Madison*, robustecendo-se desde então nos EUA.

Na Europa, a onda constitucional chegou somente em 1945; ela propiciou novas Constituições e um novo modelo inspirado na experiência americana, de supremacia da Constituição. Foi o fracasso político do positivismo após a Segunda Guerra que fez com que a Ética e os valores retornassem ao Direito, desenvolvendo-se uma teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade humana.

A percepção de que as maiorias políticas podem promover a barbárie, como ocorreu no nazismo, levou as lideranças políticas a promulgarem outras Constituições e fortalecerem a jurisdição constitucional, fixando mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador. Esse movimento expandiu-se pela Europa e depois pela América Latina e alguns países africanos, colocando a Constituição no centro dos sistemas jurídicos e fortalecendo o Judiciário que a protege.

Essa ascensão, todavia, recebe as críticas de que as Supremas Cortes ultrapassam suas competências e ingressam em terreno reservado ao legislador ou ao administrador, mas sem o manto da representatividade popular, o que tornaria antidemocrática essa atuação. Por isso, investigou-se, se mesmo sem representatividade eleitoral, as Supremas

Cortes podem fortalecer a democracia. Concluiu-se que sim: embora não eleitos, seus juízes também representam o povo, já que são indicados pelo presidente da República e aprovados pelos representantes dos estados no Senado Federal.

Além disso, suas decisões são públicas, fundamentadas e submetidas ao escrutínio de toda a sociedade; portanto, seus julgamentos não podem ser considerados antidemocráticos apenas pelo fato de não partirem de atores estatais eleitos. Ademais, o Judiciário é o único Poder que exige dos seus membros a formação jurídica e, para integrar as Supremas Cortes, notório saber jurídico.

Os Poderes Legislativo e Executivo não exigem essa qualificação dos seus membros e permitem que quem faz e quem executa as leis não seja versado nelas, diferentemente do Judiciário. Demonstrou-se, por fim, com um inventário de decisões judiciais o quanto as Supremas Cortes contribuem para o fortalecimento da democracia, a impulsão da história e do processo civilizatório.

As Supremas Cortes e seus membros têm representatividade democrática e frequentemente prestam valoroso serviço à democracia. É certo que às vezes deslizam, como quando no Brasil se libertou em 2020 um narcotraficante de alta periculosidade por descumprimento de formalidade. Entretanto, derrapagens como essa fazem parte do processo democrático e não apagam tantas outras decisões que melhoraram a vida do povo e qualificaram a nação. Certo é que a democracia é o melhor regime para harmonizar o consenso e civilizar o dissenso. A alternativa é a força e a imposição de vontades unilaterais do poder de momento.

No processo democrático ninguém pode impedir o Judiciário de falar por último, o único sem armas e sem cofre, mas com força e legitimidade para proteger as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais do povo que ele também representa.

Sobre os autores

Luciano Rosa Vicente é mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito no Uniceub, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Administrativo Disciplinar e Direito Público.
E-mail: luciano.rosa@rfb.gov.br

Sandro Lúcio Dezan é doutor em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; doutor e mestre

em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil; professor titular de Direito Administrativo dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub, Brasília, DF, Brasil; investigador integrado do Centro de Investigação da Escola de Direito da UMinho, Braga, Portugal.
E-mail: sandro.dezan@ceub.edu.br

Como citar este artigo

(ABNT)

VICENTE, Luciano Rosa; DEZAN, Sandro Lúcio. A força democrática das Supremas Cortes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 115-136, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p115

(APA)

Vicente, L. R., & Dezan, S. L. (2023). A força democrática das Supremas Cortes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 115-136. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p115

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. A Constituição do povo e sua afirmação popular. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 6 out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-06/analise-constitucional-constituicao-moldar-vontade-povo>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo no âmbito da Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 103-136, out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p103. Acesso em: 30 nov. 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck. Juízes falando pelo povo: populismo judicial para além das decisões judiciais. In: BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; ALMEIDA, Maira; LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva (coord.). *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361-367.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595%3E.%20Acesso%20em:%2030%20jan.%202020>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Os direitos da natureza desde o pensamento crítico latino-americano. Tradução de Bianca Rodrigues Toledo e Pablo Ronaldo Gadea de Souza. *Revista Culturas Jurídicas*, [Niterói], v. 4, n. 8, p. 17-85, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201700010003>

org/10.22409/rcj.v4i8.433. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44914>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 919, p. 127-196, maio 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 187-235.

_____. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 14-36, 2018b. Edição comemorativa. DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777/>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, p. 1-34, 2022. *Ahead of print*. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/66178. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020b.

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*, [Rio de Janeiro], v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1.769-1.811, jul./set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R3z379zK3RWSR/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF*. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – Sindjus/DF e outros. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF*. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos

Humanos e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das Eleições, arts. 23, § 1º, incisos I e II, 24 e 81, *caput* e § 1º. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, arts. 31, 38, inciso III, e 39, *caput* e § 5º [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Estado – Laicidade. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos fundamentais – Crime – Inexistência [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior [...]. Requerente: Democratas – DEM. Interessados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – Cepe; Reitor da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – Cespe/UnB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Petição nº 3.388/RR*. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 6.001/73 e seus decretos regulamentares [...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Relator: Min. Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança [...]. [Brasília, DF]: STF, 2008c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula761/false>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de direitos fundamentais e os avanços da Constituição de 1988. In: CONFERÊNCIA DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL, 6., 2008, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: OAB/DF, 2008. p. 156-168.

CASAS, Bartolomeu de las. *Liberdade e justiça para os povos da América*: oito tratados impressos em Sevilha em 1552. Coordenação geral, introduções e notas de Frei Carlos Josaphat. São Paulo: Paulus, 2010. (Coleção Frei Bartolomeu de las Casas – Obras Completas, 2).

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 3-22, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3157>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3157>. Acesso em: 30 nov. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional (3. Sala de Revisión). *Sentencia T-62910*. Acción de tutela instaurada contra bar discoteca/Igualdad en la Constitución-reiteración. Igualdad, desigualdad y discriminación en la Constitución [...]. Peticionaria: Lais. Peticionado: Bar Discoteca Pandemo. Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DINIZ, Debora; PENALVA, Janaína; FAÚNDES, Aníbal; ROSAS, Cristiano. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 1.619-1.624, out. 2009. Suplemento 1. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000800035>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/pF6cZJRnc4SvQgFVcvjWNxf/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990. DOI: <https://doi.org/10.29173/alr1605>. Disponível em: <https://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1605>. Acesso em: 30 nov. 2022.

FERGUSON, Niall. *Civilização: Ocidente x Oriente*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 2. ed. São Paulo: Crítica, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>. Acesso em: 30 nov. 2022.

HAMILTON, Alexander. Exame da organização do Poder Judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 478-485.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011. (Filosofía y Derecho).

LEUZINGER, Márcia Dieguez; LYNGARD, Kylie. The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 418-437, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v13i1.4065>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4065>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LEVI, Lucio. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. v. 1, p. 475-486. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

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

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 48, n. 192, p. 125-136, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242934>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, set./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um Estado laico. *Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-85872013000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rs/a/hNPqnTdZgrFVy8DQrsKSZJK/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017. p. 520-547.

MIGNOLO, Walter D. *La ideal de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Traducción de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba. Barcelona: Gedisa, 2007. Disponível em: <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/420.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Paidéia). Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3182>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182/2837>. Acesso em: 30 nov. 2022.

QUIJANO, Aníbal. El fantasma del desarrollo en América Latina. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Caracas, v. 6, n. 2, p. 73-90, mayo/agosto 2000. Disponível em: http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/faces/problemas_sociales_contemporaneos/CESOC/MAYO_AGOSTO_2_2000_ENFOQUES_TEORICOS_CONTEMPORANEOS_EN_LAS_CIENCIAS_SOCIALES.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. “Ativismo do Judiciário inviabiliza, em boa parte, o modelo brasileiro de Estado”. Entrevista cedida a Thiago Crepaldi e Claudia Moraes. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 11 mar. 2018. Legisladores de Toga. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-11/entrevista-elival-silva-ramos-ex-procurador-geral-sp>. Acesso em: 30 nov. 2022.

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago. 2015. DOI: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-20157204>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/46160>. Acesso em: 30 nov. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública. Direito à moradia: Defensoria Pública evita despejo de jovem mãe com 5 crianças por desavença familiar e encaminha caso para mediação. *Jusbrasil*, [s. l., 2016]. Disponível em: <https://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/344996727/direito-a-moradia-defensoria-publica-evita-despejo-de-jovem-mae-com-5-criancas-por-desavenca-familiar-e-encaminha-caso-para-mediacao>. Acesso em: 30 nov. 2022.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

STF ganha certificado da Unesco por reconhecer união homoafetiva proposta em ADPF da PGE-RJ. *PGE-RJ Notícias*, Rio de Janeiro, 13 dez. 2018. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2018/12/stf-ganha-certificado-da-unesco-por-reconhecer-uniao-homoafetiva-proposta-em-adpf-da-pge-rj>. Acesso em: 30 nov. 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução e notas de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1977. (Biblioteca de Cultura Humanista, 4).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 55-75, out./dez. 2008.