



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS MULTIDISCIPLINARES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

DANILO MORAIS DOS SANTOS

**A FACE SELETIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
NEOLIBERALISMO, EMPODERAMENTO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS
NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA

2026

DANILO MORAIS DOS SANTOS

**A FACE SELETIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
NEOLIBERALISMO, EMPODERAMENTO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS
NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania (PPGDH) do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (CEAM) da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direitos Humanos e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Wellington Lourenco de Almeida.

BRASÍLIA

2026

TERMO DE APROVAÇÃO

DANILO MORAIS DOS SANTOS

A FACE SELETIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: NEOLIBERALISMO, EMPODERAMENTO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direitos Humanos e Cidadania, pelo Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos e Cidadania (PPGDH) da Universidade de Brasília (UnB), pela seguinte Banca Examinadora:

Dr. Wellington Lourenco de Almeida.
Orientador - PPGDH — CEAM/UnB

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa
Membro Interno — PPGDH — CEAM/UnB

Prof. Dra. Marcia Anita Sprandel
Membro Externo

Prof. Dr. Francisco Gaetani
Membro Externo

Prof. Dr. Paulo Carlos Du Pin Calmon
Suplente - PPGCP/Universidade de Brasília

Brasília, 23 de março de 2026.

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente à minha família e aos meus amigos, que estiveram comigo em cada etapa deste percurso. O carinho, a compreensão, o incentivo constante e a paciência diante das minhas ausências foram fundamentais para que pudesse me dedicar à pesquisa com serenidade e persistência. Nada teria sido possível sem o apoio afetivo de vocês, que sustentaram meus passos quando as dificuldades pareciam maiores do que as forças.

Registro minha gratidão especial ao meu orientador, Prof. Wellington, cuja presença foi decisiva para que este trabalho se concretizasse. Quando me encontrava perdido, sem nenhum orientador à vista e à beira de desistir do Programa, foi ele quem me acolheu generosamente, oferecendo não apenas sua notável erudição multidisciplinar, mas também sua escuta atenta, academicamente tolerante e profundamente humana. Sua confiança na relevância deste trabalho e sua capacidade de me motivar a cada nova etapa foram determinantes para que reencontrasse o sentido desse percurso. Sua orientação precisa e sensível, somada ao acolhimento fraternal e à clareza com que conduziu cada diálogo, abriram caminhos onde eu só enxergava barreiras. Este trabalho carrega, de modo muito significativo, a marca da dedicação e da confiança que depositou em minha trajetória acadêmica e pessoal. Faltam palavras em agradecimento!

Agradeço também aos membros da banca — os professores Alexandre Bernardino, Marcia Anita Sprandel, Paulo Calmon e Francisco Gaetani —, pela leitura atenta, pelas reflexões instigantes e pelas contribuições generosas apresentadas tanto na qualificação quanto no exame final. Suas críticas e sugestões ampliaram significativamente o horizonte analítico e a consistência deste trabalho, enriquecendo-o em profundidade e clareza. Em suas figuras, rendo minhas mais sinceras homenagens e gratidão a todos os professores que, de diferentes maneiras, iluminaram e fortaleceram minha trajetória estudantil até aqui.

Por fim, agradeço à Universidade de Brasília e, em particular, ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania (PPGDH), pela oportunidade de realizar mais essa etapa decisiva na minha formação acadêmica e desenvolver esta pesquisa em um ambiente plural, crítico e comprometido com a defesa dos Direitos Humanos. Foi um privilégio integrar este espaço de reflexão e diálogo.

RESUMO

Ancorada nas abordagens neoinstitucionalistas e comparativistas da tese do seguro eleitoral (Ginsburg, 2003) e da tese do entrincheiramento de elites (Hirschl, 2004), a presente pesquisa adota uma metodologia empírico-analítica e interdisciplinar para avaliar se o Supremo Tribunal Federal, no cenário político-institucional brasileiro contemporâneo, tem operado como agente democratizante ou como instância de filtragem elitista, espelhando a racionalidade neoliberal. Parte-se da hipótese de que, embora o discurso neoconstitucional se afirme na defesa universal dos direitos fundamentais, a sua aplicação concreta pode ocultar um padrão estrutural de seletividade. Sustenta-se, ainda, que a alegada função “contramajoritária” que legitima o empoderamento global do poder judiciário, mais que ampliar a proteção de direitos, pode se ajustar perfeitamente à racionalidade pós-democrática do neoliberalismo, priorizando a preservação da estabilidade institucional e a tutela das liberdades negativas, de caráter individualista, sem custos redistributivos relevantes e consonantes com a lógica de mercado. Em contraste, as decisões voltadas à efetivação dos direitos fundamentais positivos ou prestacionais, que reclamam intervenção estatal, investimento público e redistribuição material, são frequentemente filtradas, moduladas ou diluídas. A análise empírica das 900 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental julgadas até 2024 indica, num nível exploratório, que, embora legitimado pela retórica da proteção de minorias vulneráveis na guarda da Constituição, o STF intervém de modo calculado no sistema político, preservando hierarquias e modulando restritivamente demandas democrático-redistributivas.

Palavras-chave: Empoderamento judicial. Neoliberalismo. Direitos Sociais. Elitismo. Democracia de massas.

ABSTRACT

Based on the neo-institutionalist and comparative approaches of Tom Ginsburg (electoral insurance thesis) and Ran Hirschl (elite entrenchment thesis), this research adopts an empirical-analytical and interdisciplinary methodology to assess whether the Brazilian Supreme Court, in the contemporary political-institutional context, has operated as a democratizing agent or as an instance of elitist filtering that mirrors neoliberal rationality. The study departs from the hypothesis that, although neoconstitutionalist discourse asserts a universal defense of fundamental rights, its practical application may conceal a structural pattern of selectivity. It further argues that the alleged “countermajoritarian” function that legitimizes the global empowerment of the judiciary, rather than expanding the protection of rights, may align seamlessly with the post-democratic rationality of neoliberalism, prioritizing the preservation of institutional stability and the protection of negative liberties of an individualistic character, without significant redistributive costs and consonant with market logic. In contrast, decisions aimed at the realization of positive or welfare-oriented fundamental rights, which require state intervention, public investment, and material redistribution, are frequently filtered, modulated, or diluted. The empirical analysis of 900 “Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental” (ADPF) — a Brazilian constitutional review action —, adjudicated up to 2024, indicates, at an exploratory level, that although the Court legitimizes its interventions through the rhetoric of protecting vulnerable minorities under the guise of safeguarding the Constitution, it acts in a calculated manner within the political system, preserving existing institutional and social hierarchies and restrictively modulating democratic and redistributive demands.

Keywords: Judicial empowerment. Neoliberalism. Social rights. Elitism. Mass democracy.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Imagem 1 - Charge jornalística retratando Ruy Barbosa e o Habeas Corpus como uma “dupla constante”	79
Imagem 2 - Diagrama de Venn ilustrando o grau de convergência das preferências entre os ramos governamentais em um tipo ideal de sistema político tripartite equilibrado: 125	
Imagem 3 - Distribuição das decisões do STF por tipo de direito, nas controvérsias classificadas como contramajoritárias:	240
Imagem 4- Evolução do estoque processual de ações de controle concentrado no STF (1990-2024) em comparação com a evolução do número efetivo de partidos políticos na Câmara dos Deputados, considerando as eleições de 1990 a 2022:	255

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Distribuição dos êxitos nas ADPFs segundo a categoria institucional do legitimado ativo e a natureza dos direitos envolvidos:.....	235
Tabela 2— Distribuição da sucumbência nas ADPFs segundo a categoria institucional do legitimado ativo e a natureza dos direitos envolvidos:.....	237
Tabela 3 - Distribuição dos desfechos decisórios das ADPFs segundo a natureza dos direitos envolvidos:.....	241

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Quadro esquemático de periodização histórica das três grandes “ondas” de judicialização:	20
---	----

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AFD	Alternative für Deutschland (Alternativa para a Alemanha)
AI	Ato Institucional
ANC	African National Congress (África do Sul)
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CER	Closer Economic Relations
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CODESA	Convention for a Democratic South Africa
CONIB	Confederação Israelita do Brasil
D.C.	District of Columbia
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
ESM	European Stability Mechanism (Mecanismo Europeu de Estabilidade)
EUA	Estados Unidos da América
Euratom	Comunidade Europeia de Energia Atômica
FED	Federal Reserve
FMI	Fundo Monetário Internacional
HC	Habeas Corpus
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
IFP	Inkatha Freedom Party (África do Sul)
KMT	Kuomintang (Partido Nacionalista Chinês)
MP	Ministério Público
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MPRP	Mongolian People's Revolutionary Party
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NCOP	National Council of Provinces (África do Sul)
NEP	Número Efetivo de Partidos
NP	National Party (África do Sul)
NZBORA	New Zealand Bill of Rights Act
NZCA	New Zealand Court of Appeal
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONGs	Organizações Não Governamentais
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PCB	Partido Comunista Brasileiro
PGR	Procurador-Geral da República
PIB	Produto Interno Bruto
PN	Partido Nacional (África do Sul)
PSD	Partido Social Democrático
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
RE	Recurso Extraordinário
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Partido Social-Democrata Alemão)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFR	Tribunal Federal de Recursos

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional
TSJ	Tribunal Supremo de Justiça (Venezuela)
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UE	União Europeia
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
WTP	World Bank Technical Paper

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 - O DISCURSO FUNDADOR DA REVISÃO JUDICIAL E AS METAMORFOSES DO PODER JUDICIÁRIO.....	15
1.1 A singular experiência dos EUA: da Corte Marshall à Corte Roberts	21
1.2 O controle de constitucionalidade cruza o Atlântico: o influente modelo europeu-continental.....	57
1.3 A revisão judicial na América Latina e no Brasil: o constitucionalismo liberal sem liberais.....	74
1.4 O constitucionalismo global: uma nova onda de empoderamento judicial ou o pós-democracia?	105
CAPÍTULO 2 - JANUS OU THÊMIS? A FACE OCULTA DE UM JUDICIÁRIO EMPODERADO	111
2.1 A tese do seguro eleitoral: a judicialização como subproduto da fragmentação das elites políticas.....	113
2.2 O empoderamento judicial como entrincheiramento de privilégios de elites declinantes.....	133
2.3 Perspectivas sobre a judicialização em tempos de crise da democracia liberal.	154
CAPÍTULO 3 - NEOLIBERALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: DUAS FACES DE UMA MESMA RACIONALIDADE	157
3.1 O ordoliberalismo alemão e o empoderamento tecnocrático na Europa do Pós-Guerra	162
3.2 O papel das cortes no pensamento neoliberal austro-americano	172
3.3 Neoliberalismo e neoconstitucionalismo: uma proximidade incômoda	181
CAPÍTULO 4 - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA EM NÚMEROS: CONFRONTANDO O STF COM SEU LEGADO CONCRETO	217
4.1 A ADPF e o fortalecimento do papel político-institucional do STF	219
4.2 Liberdades negativas e positivas: delimitando as categorias de análise	224
4.3 Desenho metodológico, achados empíricos e interpretação: evidências de uma jurisdição constitucional seletiva e conservadora	228
4.4 Fragmentação partidária e empoderamento judicial: a dispersão do poder político e a ascensão do STF na Nova República	253
CONSIDERAÇÕES FINAIS	259
REFERÊNCIAS	270

INTRODUÇÃO

Paris, 13 de outubro de 2023. Durante a primeira edição do Fórum Internacional Esfera — uma conferência que reúne as elites econômicas e políticas do Brasil em sofisticados destinos europeus —, naquele ano realizado no majestoso *Pavillon Vendôme*, o ambiente era de dedicada atenção. Ali, o grupo Esfera Brasil, que se define em seu site como um “*think tank* independente e apartidário” e é capitaneado por influentes empresários da construção civil e do setor de mídia, ofereceu um palco singular para que notáveis personalidades “discutissem o Brasil” — bem longe do próprio Brasil —, sob o pretexto de “promover diálogos” entre os setores público e privado. Dentre os conferencistas presentes, figurava o ministro Luís Roberto Barroso, que assumira recentemente a presidência do cada vez mais poderoso Supremo Tribunal Federal (Esfera Brasil, 2023 e 2024).

Em seu discurso, o ministro Barroso apresentou, com visível entusiasmo, os eixos centrais daquilo que definiu como sua “agenda” à frente do Tribunal. Ainda que não houvesse qualquer interpelação direta, procurou antecipar-se à crítica — reiterada pela imprensa — de que o STF exerce um protagonismo “excessivo” na vida política nacional. Para tanto, sustentou que tal centralidade decorre da própria Constituição de 1988, cuja amplitude temática faria com que inúmeros conflitos fossem inevitavelmente judicializados¹.

Adotando um tom professoral, afirmou que “trazer uma matéria para a Constituição é, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito”. Após considerações sobre o país e sua conjuntura, criticou a complexidade do seu sistema tributário e a sua “excessiva litigiosidade trabalhista”, celebrando a flexibilização do

¹ Esse argumento, embora frequente no meio jurídico nacional, é questionável, na medida em que o conjunto das constituições do pós-Guerra, espelhando o modelo paradigmático da Lei Fundamental Alemã (1949), adotou um perfil “analítico”, ou seja, congregou uma grande diversidade de temas — para além daqueles tipicamente constitucionais, como a organização do Estado e os direitos fundamentais —, em textos extensos e minudentes. O nível de detalhamento de uma constituição não é, de modo algum, condição suficiente para o empoderamento judicial, na medida em que, sendo esse modelo codificado-analítico uma tendência transnacional, verificam-se, no conjunto de países, variados graus de intrusão do judiciário na arena política. Tampouco se trata de uma condição necessária, na medida em que a Constituição Americana — notória por seu texto “econômico” e densamente povoado por cláusulas abertas, como o direito à propriedade e à liberdade — acabou propiciando à sua Suprema Corte um papel de bastante distinção, alternando ciclos de autocontenção e de forte ativismo, tanto de inclinação conservadora quanto progressista. O assunto será retomado adiante.

quadro regulatório do trabalho² realizada sob o governo Temer — posição que foi recebida com aplausos entusiasmados pela plateia empresarial (Esfera Brasil, 2023).

Ao final, voltou a se dirigir à crítica pública que recaí sobre a presença de magistrados em eventos daquele gênero, alegando haver um “preconceito contra o empresariado brasileiro”. Tal noticioso “hostil”, afirmou, decorreria de “uma visão antiga e atrasada de que o Estado vá nos libertar”, sustentando que “ser progressista é apoiar a iniciativa privada, superando esse preconceito contra o sucesso empresarial” (Esfera Brasil, 2023).

Em sua distinta plateia, achavam-se personalidades ainda mais notórias, como o ex-presidente francês Nicolas Sarkozy, que, ao sucedê-lo como palestrante, reagiu ao seu discurso com uma fina ironia:

O presidente da Corte Suprema [do Brasil] fez um discurso incrível. Senhor presidente [se referindo a Barroso], o senhor está pronto para uma nova presidência, um outro tipo de presidência. Mas tenha cuidado, senhor presidente! Foi um discurso excelente, eu entendi tudo: trata-se de um discurso de orientação política forte, muito mais do que um discurso de orientação jurídica. Muito interessante... (Esfera Brasil, 2024).

Ao fim do evento, sendo interpelado pela imprensa sobre tal provocação, Barroso, constrangido, desconversou, alegando não compor os seus planos uma eventual candidatura à presidência da República, num novo espasmo de grandiloquência. Para o ministro, sua prioridade seria dedicar-se ao — poderoso e vitalício — cargo de juiz da Suprema Corte brasileira, do qual se aposentaria pouco depois, no fim de sua gestão, em outubro de 2025 (Teles, 2023).

A perplexidade de Sarkozy pode ser fruto de um estranhamento diante das diferenças relevantes nas culturas jurídicas dos países dos conferencistas. A França, afinal, foi historicamente hostil à intrusão judicial no campo da política, perfilando um modelo de controle de constitucionalidade precipuamente preventivo e de caráter abertamente político³. Todavia a experiência cosmopolita do ex-presidente francês e seu

² Meses depois, o STF confirmou a constitucionalidade da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017), aprovada pelo governo-tampão de Michel Temer (2016-2018), que, entre outras medidas de amplitude, possibilitou a contratação de trabalhadores em regimes altamente flexíveis, expandindo os contratos temporários e remunerados apenas por hora efetivamente trabalhada (contrato intermitente). O ministro Barroso votou com a maioria e a sua fala, por antecipar juízo de valor sobre a matéria, poderia ser interpretada como uma violação ao Estatuto da Magistratura. Com efeito, este regramento, para resguardar a confiança pública na imparcialidade da judicatura, em seu art. 33, III, veda aos juizes “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem” (Brasil, 1979 e 2024).

³ A desconfiança dos franceses em relação ao Judiciário é histórica e tem origem em suas raízes aristocráticas, quando os “parlamentos judiciais” eram um porta-voz avançado do Rei, operando como seu

aparente incômodo também podem sugerir algo mais, já que mesmo o inabalável ceticismo francês, a este respeito, vem se metamorfoseando nas últimas décadas.

O embaraço de Sarkozy, de todo modo, é salutar por contrastar com o enquadramento habitual do debate sobre a politização da Justiça. Na experiência contemporânea, a superioridade hierárquica da Constituição frente às demais leis, sua eficácia jurídica direta e seu uso como parâmetro de controle de normas e atos, bem como sua garantia mediante a revisão de conformidade por cortes constitucionais⁴, são pressupostos largamente assimilados — a ponto de se encontrarem, hoje, quase que naturalizados em suas formas e efeitos.

No entanto, tais concepções nem sempre ocuparam esse lugar de “obviedade” universal e trans-histórica⁵. Em realidade, essas noções discursivas são, na realidade, fruto da hegemonização de uma cultura jurídica específica e historicamente situada — uma construção particularista que só se difundiu amplamente nas décadas seguintes à Segunda Guerra.

Com efeito, as primeiras cartas constitucionais — especialmente na Europa — eram amplamente concebidas, até o início do século XX, como instrumentos essencialmente proclamatórios do ideário político das elites burguesas emergentes, por

longa manus. Para ficar em um exemplo desse descrédito, o abade Emanuel de Sieyès — personagem central da Revolução Francesa — chegou a propor a extinção do judiciário, defendendo a codificação legal como uma alternativa para tornar o sistema jurídico mais eficiente e menos dependente de intérpretes. Recentemente, porém, observa-se uma tendência crescente de emulação de fórmulas do *judicial review* também na França. O *Conseil Constitutionnel* — órgão constitucional do país — é composto por nove membros nomeados para mandatos de nove anos, indicados pelo presidente da República, pela Assembleia Nacional e pelo Senado em partes iguais, além de ser composto também pelos ex-presidentes da República, como membros vitalícios *de jure*, embora estes últimos sejam impedidos de deliberar em caso de conflito de interesses, o que torna sua atuação mais cerimonial do que efetiva. O papel do Conselho é predominantemente político e preventivo, a partir do estabelecimento de um diálogo de alto nível com a legislatura para assegurar a conformidade das leis com a Constituição antes de sua promulgação. No entanto, o órgão tem adotado abordagens cada vez mais repressivas no controle constitucional, além de ampliar a recepção de demandas relacionadas à interpretação constitucional vindas de múltiplos atores interessados, o que sinaliza uma clara metamorfose também na tradição francesa (Stone, 1992).

⁴Ao longo deste trabalho, a alusão ao termo “cortes” e às suas variações se dará em sentido amplo, abrangendo tanto entidades judiciais quanto órgãos não-judiciais, desde que encarregados da interpretação constitucional e de algum mecanismo de conformidade constitucional. Isso porque, ainda que essas instituições eventualmente não integrem formalmente a estrutura do judiciário, em sua deliberação, emulam amplamente processos decisórios judicialiformes ou quase-judiciais, nos trilhos de uma nova concepção de democracia que se tornou hegemônica no pós-Guerra. Essa “democracia constitucional” é fundamentalmente caracterizada pela imposição de freios tecnocráticos à discricionariedade política, num contexto social tendente à efetiva universalização do sufrágio. Esta simplificação terminológica visa, assim, conferir fluidez ao texto, embora se reconheça que, em determinados casos, possa encobrir a diversidade de modelos institucionais experimentados por essas notáveis instituições.

⁵Como se sustentará ao longo deste trabalho, ao menos não era esse o sentido originalmente revestido por essas instituições. De fato, no advento do constitucionalismo — no contexto das revoluções burguesas e nos trilhos do que viria a ser nomeado como a “Modernidade” —, esse conjunto de ideias seguramente já comportou conotações mais multifacetadas e distintas da sua atual rigidez homogeneizante.

vezes assumindo um caráter quase panfletário. Seus conhecidos catálogos de direitos possuíam, em larga medida, uma função discursivo-ideológica, de natureza eminentemente aspiracional, sem que isso os tornasse necessariamente menos impactantes ou socialmente transformadores (Grossi, 2007; Bobbio, 2004; Brandão, 2007; Fioravanti, 2001; 2003).

Por conseguinte, embora a sindicabilidade judicial desses direitos fosse aceita nos Estados Unidos desde meados do século XIX, tal compreensão não se difundiu de imediato para outras tradições constitucionais, dada a sua envergadura essencialmente política. Em síntese, prevalecia a ideia de que os direitos fundamentais constituíam mais um ponto de chegada do que um ponto de partida, sem que houvesse confiança robusta em sua “autorrealização” pela via — estreita — do sistema judicial (Grossi, 2007; Bobbio, 2004; Brandão, 2007; Fioravanti, 2001; 2003).

Não por acaso, o sentido contemporâneo de “constituição” — e suas implicações para o funcionamento das instituições políticas, na disputa permanente pela ordenação do poder e pela efetivação dos direitos — assume, ao final do século XX, contornos que excederiam mesmo a imaginação fértil dos seus mais visionários entusiastas. E, como antes, embora um simples passeio pelas ruas continue a atestar o persistente divórcio entre as abstrações humanistas dos direitos e a sua expressão material concreta no nível das ruas, o discurso da autorrealização jurídica mostra-se cada vez mais inabalável. Sua sedução parece derivar, em grande medida, da disseminação global de um certo modelo de Constituição escrita e rígida, mas sobretudo da consolidação de uma nova forma de governança muito eficaz, em que a autoridade se desloca do vasto e revoltoso oceano da soberania popular para os rios sinuosos — e, por vezes, opacos e estreitos — da “supremacia constitucional”.

Não por acaso, a ampliação da jurisdição constitucional e o debate sobre sua controversa “função contramajoritária” fizeram do chamado “ativismo judicial” um tema central nas pesquisas que articulam Direito, Ciência Política, Economia e Filosofia Política. A jurisdição, antes limitada à subsunção sóbria e pouco empolgante dos códigos legais a litígios individuais, passou a arbitrar questões de largo alcance coletivo, frequentemente atravessadas por intensas disputas morais e elevado custo político. Ao chamar para si tais controvérsias, a magistratura passou a ocupar uma posição de maior visibilidade e influência, reinterpretando limites institucionais e assumindo tarefas que antes cabiam, prioritariamente, aos poderes eleitos. O saldo desse processo é um sensível

redesenho do sistema político e do equilíbrio entre os poderes, cujas fronteiras se tornam tanto mais fluidas quanto tensionadas.

E esse recente empoderamento judicial assume, nos traumas do Holocausto, o seu elemento legitimador discursivo mais contundente. Superado o totalitarismo nazifascista, tornou-se imperativo erguer um sistema político capaz de bloquear qualquer risco de repetição dos seus horrores. A democracia constitucional emergiu, assim, como um remédio de primeira ordem para neutralizar a “tirania das massas”. Afinal, maiorias ocasionais não poderiam, por sua mera expressão eleitoral circunstancial, agir de modo a aniquilar as “minorias”, negando-lhes seus direitos mais básicos⁶ (Barroso, 2012).

O discurso, embora sofisticado, nada tem de original. Apenas para ficar em um exemplo, em um conjunto de escritos que remontam ao período provável de 335 a.C. a 322 a.C., quando lecionava no Liceu de Atenas, Aristóteles já alertava sobre os riscos inerentes à democracia, em sua degenerada versão demagógica. Para o filósofo ateniense, caso a vontade da maioria se julgasse onipotente e livre de quaisquer constrangimentos,

⁶ Embora essa seja a interpretação hegemônica sobre o contexto de empoderamento das cortes, associar a ascensão de regimes totalitários, como o nazifascismo, aos “excessos” da democracia não parece capturar adequadamente os fatores determinantes das Grandes Guerras e da consequente dissolução em cascata dos regimes de liberdade então vigentes. Como destaca Polanyi (2021), essa sucessão trágica de eventos resultou, sobretudo, da radicalização da ideologia do *laissez-faire*, cujo impacto social devastador, agravado pelas externalidades do padrão-ouro, afetou severamente até mesmo as populações das principais potências, que empobreceram em marcha acelerada. Esse contexto produziu uma profunda desintegração social, desencadeando corridas tarifárias e protecionistas e uma nova corrida colonialista na África e na Ásia, além de fomentar a reemergência de nacionalismos autoritários, que, em seu conjunto, culminaram nas Grandes Guerras. Para Polanyi (2021), esse quadro de desintegração suscitou uma reação defensiva sistêmica da sociedade que, após sucessivos bloqueios às transformações coletivamente requeridas, acabou se degenerando em choques do tipo fascista. A ideia de que o nazismo foi um produto de excessos parlamentares ignora a paralisação decisória do Reichstag na República de Weimar, seguida de sua dissolução golpista por meio do Decreto do Incêndio e da Lei de Plenos Poderes (*Ermächtigungsgesetz*), que conferiram a Hitler sua autoridade plenipotenciária, erradicando justamente os fracos freios parlamentares existentes. Ademais, cabe problematizar se a presença de uma corte constitucional naquele contexto teria sido efetivamente capaz de frear a degeneração totalitária, na esteira do ceticismo apontado por Dahl (1989), para quem a soberania popular, especialmente em momentos de crise, deve exercer sua primazia sobre arranjos tecnocráticos, como o controle judicial, uma vez que tais dispositivos, cedo ou tarde, acabam ruindo diante dos tensionamentos de crises políticas alongadas. Evidência desse argumento é que a Corte Austríaca, concebida por Hans Kelsen em 1920, não impôs qualquer freio relevante ao avanço do austronazismo, sendo dissolvida sem dificuldades antes mesmo da anexação consentida do país ao III Reich, no *Anschluss*. Em todo caso, especulações históricas à parte, uma das hipóteses centrais desenvolvida nesta tese será substancialmente diversa: o fortalecimento do controle judicial sobre o poder político não resulta de uma defesa abstrata das liberdades ou dos Direitos Humanos, mas sim da universalização progressiva do sufrágio ao longo do século XX e das tensões redistributivas que inevitavelmente se sucederam desse arranjo de democracia ampliada. Tal fenômeno desestabilizou o equilíbrio de poder das elites tradicionalmente hegemônicas que, antes, detinham o monopólio do governo e controlavam o parlamento. A nível global, especialmente após os anos 1970, com a ascensão do paradigma neoliberal, essas elites declinantes, em seu esforço de captura do sistema político, passaram a recorrer a mecanismos tecnocráticos de contenção da vontade popular, empoderando agências reguladoras, cortes judiciais e bancos centrais. Esse processo visou ora à conservação, ora à retomada de um poder de classe ameaçado, num esforço de “despolitizar” o conflito econômico distributivo (Harvey, 2008).

tornar-se-ia capaz de perpetrar as mais graves injustiças, apropriando-se das riquezas alheias apenas por sua força e superioridade numérica, e, com isso, desestabilizando severamente a *Polis*. No século XVIII, os federalistas James Madison e Alexander Hamilton também dedicaram meticulosa atenção aos impulsos agressivos das massas, teorizando sobre os freios institucionais necessários para prevenir seus riscos. Esses expoentes do pensamento político ocidental partiram de um mesmo diagnóstico, mas propuseram soluções bastante distintas para neutralizar a “tirania da maioria” (Hamilton, Madison e Jay, 2003; Aristóteles, 2011; Chomsky, 2017).

Aristóteles (2011) propôs uma solução engenhosa para equilibrar os impulsos degenerativos tanto da democracia quanto da aristocracia, teorizando sobre um regime misto, capaz de moderar, numa transação permanente, tanto os interesses populares quanto os das elites. A sua *Politeia* deveria combater a concentração excessiva de poder — e, por conseguinte, das riquezas — nas mãos de uma pequena oligarquia. Além disso, deveria promover uma ordem estável, ancorada em cidadãos economicamente independentes e ativamente engajados nas deliberações e nos contenciosos públicos, pela via de uma sólida educação cívica que os tornassem conscientes das complexidades da vida social.

Segundo Aristóteles (2011), se socialmente amparadas pelos frutos justos do seu trabalho, as massas não dariam razões críveis para temê-las, e a liberdade seria amplamente apreciada e defendida como um bem coletivo, despojando os demagogos de sua principal arma: o ressentimento coletivo. Seu modelo guarda certa semelhança, ainda que com um evidente risco de anacronismo, com o princípio por trás do que modernamente se nomearia por “bem-estar social”. Para os riscos da democracia, portanto, mais equilíbrio entre as classes e engajamento político.

Madison, por outro lado, defendeu um governo amplamente filtrado, vendo no Senado americano — cujos membros eram eleitos indiretamente, à margem das urnas, até o início do século XX — um mecanismo crucial para neutralizar o que chamou de “riscos facciosos”. Hamilton, numa posição ainda mais elitista, via além do enclave senatorial, apostando nas barreiras eleitorais censitárias e num último “seguro” institucional: o Judiciário. Este, por sua origem não eleita e mandatos vitalícios, teria a função de assegurar a Constituição de 1787 e atuar como um “legislador negativo”, bloqueando as decisões políticas que eventualmente vazassem aos demais filtros erguidos pelos “Pais Fundadores”. Para os riscos da democracia, portanto, mais poder às elites e menos participação política (Hamilton, Madison e Jay, 2003).

No Pós-Guerra, após uma breve janela de prosperidade impulsionada pelos trilhos do *welfare* keynesiano, o modelo de democracia tutelada preconizado pelos *Founding Fathers* — assentado no individualismo concorrencial, na desconfiança em relação às massas e em certa paranoia adversarial diante do Estado — reemergiu numa versão amplamente repaginada, agora sob a égide da globalização neoliberal. Tamanho foi o seu êxito que essa forma singular de governança acabou por se consolidar como uma “nova razão do mundo”, acompanhando a projeção dos Estados Unidos como potência dominante do sistema internacional.

Comentando esse recente protagonismo dos tribunais constitucionais e a influência do constitucionalismo americano na jurisprudência alemã, a cientista política Maus (2010) sustenta que o *judicial review* buscou confinar o ideário de soberania popular ao mito fundador do processo constituinte, distanciando-se da lógica deliberativa contínua e ativa que embalou os valores da Modernidade. Para a autora, a leitura distorcida das lições de Montesquieu pelos Federalistas deformou a lógica da separação de poderes e, longe de promover a vontade popular, esmerou-se ativamente em neutralizá-la.

Ao tornar a moral e o direito campos indivisos, “desformalizando” a ordem legal, o “novo constitucionalismo”, na expressão de Maus (2010) confere ao judiciário um papel impróprio de “superego da nação”⁷, no seio de sociedades “órfãs” de velhos arranjos paternalistas, autárquicos e “moderadores”, como a Monarquia e o Exército. A seu ver, a autoridade moral e a independência do Judiciário, quando desvinculadas da Lei em sentido estrito, acabam por se fragilizar, à medida que a jurisprudência passa a ser moldada pelo varejo cotidiano da política. Um projeto democrático verdadeiramente emancipatório, portanto, não deveria esperar muito desse arranjo.

Ainda assim, rememorando o sucesso desse modelo “tipo exportação”, Ginsburg (2008) aponta que, embora o controle de constitucionalidade fosse uma característica distintiva da singular experiência dos EUA até o fim da Segunda Guerra, no início do século XXI, 158 de 191 sistemas constitucionais⁸ já dispunham de algum mecanismo correlato de revisão judicial. Considerando o número atual de 193 países reconhecidos pela ONU (Nações Unidas Brasil, 2024), mantidas as demais condições, esse arranjo

⁷ Uma recente fala do ministro Dias Toffoli, do STF, ilustra claramente essa ambição. Ao defender o polêmico “Inquérito das Fake News”, implementado durante a sua presidência no Tribunal, o magistrado declarou, com desassombro, caber à Corte o papel de “editor do país” (Peron e Vasconcelos, 2020).

⁸ Refletindo o número de países que eram, àquela altura — em 2008 —, reconhecidos formalmente pela ONU.

institucional estaria presente, ao menos em algum nível formal, em nada menos que 81,86% dos países, ainda que sob variadas configurações e graus de efetividade.

Convergindo com esse diagnóstico, Hirschl (2004) identifica a judicialização como um dos traços mais marcantes do final do século XX. Seu avanço foi de tal ordem que alcançou, a despeito de significativas resistências, até mesmo países como Reino Unido, Nova Zelândia, Canadá e Israel — todas democracias “ao estilo de Westminster”⁹, antes firmemente assentadas na doutrina da supremacia parlamentar (*supremacy of parliament*).

Em trabalho seminal sobre o empoderamento global do judiciário, Tate (1995) formula um conceito abrangente de judicialização da política, definindo-a como o fenômeno pelo qual cortes e juízes passam a desempenhar um papel central em decisões políticas anteriormente adotadas por parlamentos e agências governamentais, ou pelo qual processos decisórios antes conduzidos em arenas não-judiciais de negociação e deliberação passam a ser mediados por regras e procedimentos judicialiformes. Ao empregar expressões como “ativismo judicial”, “judicialização da política”, “*judicial review*” ou “procedimentalização da política”, a presente pesquisa perfilará, em essência, esse mesmo sentido, ajustando-o contextualmente e indicando, quando necessário, os refinamentos conceituais necessários.

Ao examinar as condições estruturais que favorecem a expansão da judicialização, Tate (1995) identifica o que descreve como um aparente paradoxo: embora o tema seja frequentemente debatido sob o prisma de sua (i)legitimidade democrática — seja por invalidar decisões de autoridades eleitas, seja por afastar-se dos mecanismos tradicionais de *accountability* —, tal fenômeno tende a se manifestar com maior intensidade justamente em países democráticos, dada a ausência de independência judicial nos regimes autocráticos.

Assim, considerando a democracia uma condição necessária, porém insuficiente, para o surgimento de algum grau de ativismo judicial, Tate (1995) sistematiza os seguintes fatores estruturais como sendo essenciais para a sua manifestação:

a) Separação de poderes: o desenho institucional baseado na separação geralmente tripartida de poderes permite que os juízes, em uma posição teórica de independência e igualdade, atuem no controle dos excessos dos demais ramos estatais, num sistema de

⁹ Ao fazer uso dessa expressão, Hirschl (2004) se refere aos países integrantes da *Commonwealth*, baseados na tradição do *common law* e até muito recentemente canônicos na defesa de uma democracia parlamentar como fundamento por excelência de um governo por consentimento.

checks and balances. Mesmo na ausência de um mecanismo formal de controle de constitucionalidade, sua função de interpretar e aplicar a lei já insere os juízes nesse equilíbrio institucional;

b) Catálogos de direitos: a positivação de direitos fundamentais em documentos escritos é apontada como a condição mais relevante para o ativismo judicial. Contudo, mesmo à míngua de uma declaração formal, a crença socialmente compartilhada na existência de “direitos naturais” mínimos tende a conferir aos juízes certo papel na afirmação desses valores;

c) Acesso às cortes por grupos de interesse: à medida que grupos organizados identificam nos tribunais um veículo estratégico para a promoção dos seus interesses, o judiciário, caso amplamente acessível, tende a adquirir protagonismo na arbitragem de disputas sociais e políticas. Esse potencial se intensificará conforme a deferência judicial se revele assimétrica, favorecendo determinados grupos em detrimento de outros ou proporcionando vantagens relativas, quando em comparação com as arenas políticas convencionais;

d) Acesso das oposições: quando as minorias parlamentares podem acessar as cortes para contestar decisões das majorias governistas, o ativismo judicial pode se fortalecer como um “terceiro turno” deliberativo. Esse movimento pode servir tanto para garantir a observância das regras do jogo democrático quanto para amparar grupos hegemônicos que entraram em rota de declínio eleitoral;

e) Inefetividade das instituições majoritárias: a fragilidade das coalizões governistas, seja por paralisia decisória, seja por instabilidade interna ou polarização social, fomenta a judicialização ao converter as cortes num atalho decisório de otimização da ação estatal.

f) Responsividade das instituições: quando os grupos organizados identificam a paralisia, a corrupção sistemática ou a indisposição das instituições majoritárias e percebem, por outro lado, uma vantagem relativa a esse respeito no âmbito dos tribunais, as cortes tendem a ser chamadas a suprir esse vácuo institucional;

g) Delegação tácita e proposital das autoridades eleitas: questões com um alto custo eleitoral, como medidas de austeridade econômica e políticas moralmente divisivas, são propositalmente transferidas a órgãos tecnocráticos. Essa delegação estratégica permite que as autoridades eleitas evitem o desgaste político de decisões sensíveis, atribuindo-as a órgãos convenientemente insulados das urnas;

h) Disposição decisória dos magistrados: ainda que todas as condições anteriores estejam presentes, o ativismo judicial não se materializa sem que haja alguma disposição

dos magistrados em assumir tal encargo, geralmente em busca de prestígio e da maximização oportunista do seu capital político. Fatores como a autocontenção, o alinhamento ideológico com o governo ou a conveniência da “não decisão” podem levar os juízes a evitarem intrusões, especialmente quando o *status quo* lhes seja preferível.

O quadro interpretativo delineado por Tate (1995), embora abrangente e bem estruturado, por sua tônica excessivamente neoinstitucionalista da escolha racional, carece de uma maior interlocução interdisciplinar capaz de lançar luzes (1) sobre as razões históricas que presidem a generalização de um modelo de governança antes tipicamente americano e, sobretudo, (2) sobre os motivos determinantes para que esse fenômeno se manifeste com particular intensidade a partir da década de 1970. Sua leitura também embute um compromisso normativo claro, por enquadrar o empoderamento judicial como um fenômeno, em geral, bastante positivo e democratizante, minimizando críticas abalizadas sobre os potenciais menos “luminosos” da judicialização.

Nesse sentido — embora, no geral, endosse a tese da proliferação democrática descrita por Tate (1995) e seja simpático aos potenciais da judicialização —, Ginsburg (2003) procura desvincular o fenômeno de uma leitura excessivamente normativa, fundada em certas romantizações evolucionistas da gramática dos direitos. A seu ver, a judicialização representaria, antes de tudo, um sintoma esperado e desejável da difusão do poder em sistemas políticos complexos.

Grupos hegemônicos, ao se verem ameaçados pela inclusão competitiva de novos desafiantes na arena eleitoral — e conscientes dos riscos inerentes à discricionariedade política —, recorreriam à “cristalização” das regras do jogo e ao empoderamento dos tribunais como um meio de depositar salvaguardas numa instância considerada politicamente neutra. Essa ação estratégica, que o autor denomina “tese do seguro eleitoral”, buscaria assegurar maior equilíbrio na disputa, provendo proteções particularmente úteis às forças que, no curso das inevitáveis transições políticas, tenderão a se tornar “minoritárias” (Ginsburg, 2003).

Numa direção crítica, Hirschl (2004) retoma o debate e amplia o seu horizonte analítico ao indagar quem, de fato, se beneficia da ascensão judicial nas democracias contemporâneas. O autor denomina a correlação recorrente entre a expansão da democracia liberal e o fortalecimento do Judiciário — antes celebrada por Tate (1995) e reelaborada por Ginsburg (2003) — de “hipótese da proliferação democrática”. E, embora reconheça a simultaneidade desses fenômenos, o autor diverge frontalmente do

academicismo *mainstream*, ao rejeitar qualquer relação de causalidade necessária entre tais processos, lançando severas dúvidas sobre o legado da democracia constitucional.

Para Hirschl (2004), o empoderamento judicial seria uma “estratégia de entrincheiramento” de privilégios por meio da qual, adulterando a gramática dos direitos, elites ameaçadas pela universalização do sufrágio assumem o conveniente “disfarce contramajoritário”, num esforço sistemático de neutralização dos potenciais redistributivos da democracia de massas, nos trilhos da racionalidade neoliberal.

Portanto, no que concerne especificamente ao referencial teórico que emoldurará a análise e a interpretação final dos achados desta pesquisa, serão particularmente úteis a hipótese do seguro eleitoral de Ginsburg (2003) e a tese do entrincheiramento de interesses de elites de Hirschl (2004), já mencionadas *en passant* nesta Introdução e que serão objeto de oportuno detalhamento, em capítulo próprio.

Contudo, reconhecendo que as abordagens “otimistas” são francamente hegemônicas na interpretação do fenômeno da judicialização, também a grade cética mais marginal pode ser acusada de certos vieses e afiliações normativas. Nada mais oportuno, portanto, que um teste empírico que esquadrinhe os efetivos resultados da função contramajoritária das cortes. Ficar apenas no campo normativo implicaria assumir que, em termos discursivos, as cortes defendem “minorias” tanto quanto os parlamentos representam a “vontade” popular das “maiorias”. Num nível empírico, contudo, não seria surpresa constatar que ambos falhem miseravelmente no seu mister.

Nessa trilha, em termos metodológicos, a presente pesquisa exploratória será precipuamente empírica, conjugando abordagens tanto quantitativas — com o tratamento estatístico de dados que reportem regularidades decisórias do STF — quanto qualitativas — por meio do exame analítico desses casos. Seu problema central pode ser sintetizado na seguinte indagação: no exercício da jurisdição constitucional, o STF prestigia, de modo equilibrado, o conjunto das liberdades positivas e negativas, demonstrando efetiva deferência a grupos sub-representados e marginalizados da arena política, num esforço não seletivo de afirmação dos direitos fundamentais?

Para responder ao problema posto, será detalhadamente examinado o acervo total de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) já julgadas definitivamente, no mérito, desde a promulgação da Constituição de 1988 — em 05/10/1988 — até a data de fechamento técnico deste trabalho — em 23/07/2024 —, num *corpus* que perfaz a monta de exatos 900 acórdãos e decisões finais proferidas pelo STF. Quanto às fontes, esta pesquisa se amparará prioritariamente em levantamentos

documentais, coletando dados primários a partir da base de dados mantida no sítio eletrônico da própria Suprema Corte. Ainda quanto às fontes, proceder-se-á à necessária revisão da literatura própria do campo, com consulta intensiva à bibliografia especializada.

Em cada ADPF, serão sumariados o objeto da controvérsia e as partes interessadas, dentre outras variáveis qualitativas. A análise buscará, com isso, identificar quais grupos e interesses são mais frequentemente abonados pelo STF, num esforço voltado a iluminar suas inclinações e prioridades institucionais. Assume-se que, sob a perspectiva democrática, mais que franquear formalmente um guichê universalmente acessível, no que diz respeito à defesa dos direitos fundamentais, é crucial assegurar, num plano material, equidistância e equilíbrio decisório ao conjunto dos litigantes. Dito de outro modo, a partir do exame das regularidades decisórias do Tribunal, buscar-se-á identificar quem tem mais chances de “vencer” em suas demandas, interrogando-se a alegada natureza “contramajoritária” desses litígios.

Nesse sentido, como filtro metodológico, serão consideradas “manifestamente contramajoritárias” apenas as controvérsias judiciais que satisfaçam, ao menos, a um dos critérios a seguir: (i) que controvertam atos estatais por uma ofensa potencial às liberdades básicas de grupos sub-representados no parlamento; e/ou (ii) que problematizem atos estatais com vistas a moderar o mercado eleitoral, removendo barreiras artificialmente erguidas pelos incumbentes com o fim de bloquear as minorias desafiantes, de modo a manter abertos os canais pluralistas do processo democrático.

Assim, o objetivo geral deste estudo é examinar os desenvolvimentos mais sutis — e por vezes problemáticos — da retórica neoconstitucionalista, tendo em vista, em especial, o notável sucesso de sua nova governança democrática. Arvorar-se numa função contramajoritária não garante, de modo algum, que os tribunais cumpram satisfatoriamente tal missão, cabendo ao analista interrogar a efetividade dos constrangimentos institucionais¹⁰ que poderiam, em tese, produzir o resultado almejado.

¹⁰ As cortes, mesmo formalmente abertas, não decidem constrangidas por mecanismos que induzam qualquer inclinação preferencial em prol desses grupos marginalizados. Estes, aliás, de tão vulnerabilizados, contam com baixa incidência até mesmo sobre a legislatura, muito mais porosa e aberta, pela via das urnas, à variedade de demandas que emergem do tecido social. Quais dispositivos de *accountability* asseguram essa atuação preferencial? Concretamente, apenas intenções e promessas. Aqui, na ausência virtual de *constraints*, revela-se com clareza luminar o que Unger (1996) descreve como o “pequeno segredinho sujo” — *dirty little secret*, no original — da judicialização.

Em termos de organização, a presente tese contará com quatro capítulos, estruturados na forma detalhada nos parágrafos subsequentes, além de um fechamento com as considerações conclusivas.

No Capítulo 1, propõe-se uma reconstituição genealógica do discurso fundador do *judicial review*, especialmente quanto à dimensão legitimadora de sua controversa “função contramajoritária”. O empoderamento judicial será historicamente periodizado em três ondas fundamentais, que, na janela do conturbado século XX, vão de um particularismo dos EUA a uma nova razão global, com a queda da União Soviética e a redemocratização do Leste Europeu e da América Latina, num processo entremeado, ainda, pela Reconstrução Europeia e pela onda de descolonização tardia de países da Ásia e da África. Além disso, examinar-se-á, em seção específica, os desenvolvimentos históricos desse mesmo fenômeno no particular contexto brasileiro.

O Capítulo 2 será dedicado ao referencial teórico utilizado para interpretar os principais achados desta pesquisa. Serão realizados, assim, os detalhamentos das abordagens teóricas de Ginsburg (2003), sobre o “seguro eleitoral”, e de Hirschl (2004), sobre “o entrincheiramento de interesses de elite”, num esforço descritivo e de alinhamento aos objetivos deste trabalho.

No Capítulo 3, serão exploradas as intersecções entre o neoliberalismo e o neoconstitucionalismo, sustentando-se que essas incômodas coincidências transcendem em muito um simples prefixo comum ou, na conjuntura dos anos 1970, uma mesma “data de nascimento”. Argumenta-se que, a despeito da posição periférica do judiciário no jogo dos poderes no contexto da Modernidade, com a emergência da racionalidade neoliberal, a adjudicação se tornou central para reforçar e garantir uma governança pró-mercado. Nos trilhos da financeirização global, mesmo à margem das urnas, a democracia constitucional, pela via da judicialização, foi bem-sucedida em disciplinar, em socorro de elites insulares, os impulsos redistributivos de uma renovada democracia de massas.

Por fim, no Capítulo 4, serão traçados os detalhamentos metodológicos e apresentados os principais achados desta pesquisa, promovendo-se uma discussão sobre os potenciais e limitações do empoderamento judicial para uma democracia inclusiva, pluralista e efetivamente capaz de moderar as crescentes assimetrias de poder e renda que ameaçam a democracia.

Como hipótese, sustentar-se-á, que, no Brasil, o empoderamento judicial operou, em termos práticos, como um seguro em favor de elites crescentemente fragmentárias e ameaçadas pela universalização do sufrágio, num bem-sucedido esforço de

entrincheiramento de privilégios nas entrelinhas da Constituição no pós-redemocratização. E, em linha de conclusão, antecipa-se que o discurso dos direitos — embora inclua formalmente os direitos sociais — prestigia, em termos práticos, precipuamente as liberdades negativas, associadas à proteção da propriedade privada, à garantia da livre iniciativa e à liberdade contratual, numa gramática nitidamente pró-mercado. Por seus custos redistributivos sensíveis ao *status quo*, as liberdades positivas tendem a ser negligenciadas e, no limite, embaraçadas por órgãos não-eleitos, convenientemente presididos por uma lógica de “democracia” elitista, filtrada e bloqueada em múltiplos níveis.

Como observa Han (2022), a própria tematização de determinado paradigma costuma ser indiciária do seu esgotamento. Assim, a presente reflexão não busca, de modo algum, reabilitar, por saudosismo, a antiga “ortodoxia” na separação de Poderes, mas examinar criticamente os limites e as possibilidades da judicialização já muito bem estabelecida, sobretudo diante das expectativas emancipatórias — por vezes excessivamente ingênuas — que hoje se avolumam nos escaninhos de tribunais mundo afora.

CAPÍTULO 1 - O DISCURSO FUNDADOR DA REVISÃO JUDICIAL E AS METAMORFOSES DO PODER JUDICIÁRIO

“O preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição especial que tenda a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos dos quais normalmente se espera protegê-las e, assim, exige uma revisão judicial correspondentemente mais rigorosa”¹¹.

“A jurisdição constitucional é [...] uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá *a favor*, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”¹².

“Estamos todos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é, e o Judiciário é o guardião da nossa liberdade e da nossa propriedade”¹³.

A narrativa estruturante da legitimidade da revisão judicial das leis e atos dos poderes constituídos, a cargo de juízes vitalícios e não-eleitos, orbita essencialmente em torno de uma construção bastante conhecida. Após os horrores da Segunda Guerra, tornou-se evidente o perigo de a democracia degenerar-se em tirania e, diante desse risco sistêmico — fruto da natureza facciosa e do irracionalismo das massas —, tornou-se imperioso adotar um catálogo rígido e escrito de direitos fundamentais, imune a qualquer

¹¹ O trecho é uma tradução livre da célebre Nota de Rodapé nº 4, do multicitado caso *Carolene Products Co* (EUA, 1938). Como se detalhará adiante, esse julgamento demarcou uma ruptura marcante no papel da Suprema Corte dos EUA, no que concerne à intervenção nas políticas governamentais. Seu ativismo reacionário, anteriormente restrito à reafirmação das liberdades lockeanas para neutralizar a emergente legislação social — mesmo após o colapso do *laissez-faire*, com o *Crash* de 1929 —, no contexto da impopular Era Lochner, mudaria após choques diretos com o governo de F. D. Roosevelt (1933-1945). A Corte inicialmente recuaria, adotando uma postura mais cautelosa e minimalista, diante do isolamento causado pela crescente popularidade do *New Deal*. Contudo, após neutralizadas as ameaças que vinham do governo e da legislatura, a Corte passaria a perfilar, no pós-Guerra, um novo tipo de ativismo, agora de perfil inicialmente progressista, apresentando-se como a curadora de minorias “discretas e insulares”, que não se esgotavam, como antes, no figurino do “indivíduo”. A indeterminação semântica dessas “minorias”, no entanto, seguiria servindo para que, especialmente após o advento da racionalidade neoliberal, a sua textura aberta pudesse albergar tanto grupos efetivamente marginalizados quanto grandes e poderosas corporações. O fenômeno do empoderamento judicial se alinharia, assim, à ambição de Hayek (2023) de “destronar a política”, reabilitando parte relevante dos discursos da Corte Lochner, reavivado sob um novo colorido multiculturalista.

¹² Binenbojm, 2014, p.282.

¹³ A frase foi proferida por Charles Evans Hughes, então governador de Nova Iorque (1907-1910), que se tornaria, nos anos seguintes, o presidente da Suprema Corte dos EUA no turbulento período de 1930 a 1941, em discurso perante a Câmara de Comércio de Nova Iorque, em 3 de maio de 1907 (Pritchett, 1941).

redução legislativa do seu núcleo essencial. Como mecanismo preventivo e remediador, uma corte constitucional seria encarregada de policiar a observância desses direitos, tutelando as minorias sub-representadas eleitoralmente, de modo a resguardá-las, como “guardiã da constituição”, contra os arroubos despóticos e populistas das maiorias ocasionais (Barroso, 2012).

No último século, a democracia liberal — antes intimamente associada ao estilo de Westminster, que conjuga a regra da maioria ao primado da soberania parlamentar — passou por um metamorfoseamento nada sutil, convertendo-se numa nova “democracia constitucional”. A soberania da Nação passou a emanar não mais do consentimento dos súditos, mas da codificação jurídico-constitucional: a “vontade geral” cede, então, à consciência ilustrada dos “guardiões” constitucionais sobre a sua “real” expressão, congelada no mito fundador do processo constituinte. Mas, como adverte Da Ros (2007), “a ideia de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos acadêmicos, pode ser ingênua”.

Com um novo “soberano” na praça, o “discurso fundador” da judicialização, no final do século XX, se cristalizou a ponto de se tornar praticamente intuitivo assumir a revisão judicial como um pressuposto inafastável da democracia, a despeito da longa tradição constitucional britânica, fundada no consentimento e na responsabilização política, operacionalizados pela avenida mais ampla dos parlamentos. De uma singular experiência dos EUA, até meados do século XX, a judicialização da política se tornou uma regra global de governança, presente em velhas e em novas democracias de todo o mundo e, por vezes, desfilando a sua versatilidade mesmo no seio de regimes híbridos e autocracias¹⁴ (Hirschl, 2004).

Neste capítulo inaugural, partindo-se de diversificada pesquisa bibliográfica e documental, empreender-se-á uma reconstituição histórica dos fundamentos da revisão judicial nos EUA, no Brasil e na paisagem ampliada das nações, num esforço de integração dos múltiplos elementos subjacentes ao seu “discurso fundador”. Entende-se

¹⁴ Na Venezuela, por exemplo, o Tribunal Supremo de Justiça (TSJ), controlado por elementos do chavismo, suspendeu *ultra vires* e *sine die* o parlamento do país, por sua crescente oposição ao regime. Com efeito, em 29 de março de 2017, a Corte assumiu os poderes legislativos da Assembleia Nacional, além de suspender a imunidade dos parlamentares, permitindo a sua sujeição a cortes militares sob genéricas acusações de crimes políticos. Na decisão, após recusa da legislatura em inabilitar parlamentares eleitos, o Tribunal apontou que “enquanto persistir a situação de desacato e de invalidade das atuações da Assembleia Nacional, esta Sala Constitucional garantirá que as competências parlamentares sejam exercidas diretamente por esta sala ou pelo órgão de que ela disponha para velar pelo Estado de Direito”. A ação foi amplamente interpretada, por setores da comunidade internacional, como um golpe de Estado (France Presse, 2017).

que a utilidade desse tipo de análise genealógica, tal qual observa Foucault (1996), se assenta na compreensão de que os discursos não são meras manifestações de ideias ou produtos deduzidos diretamente da razão, sendo antes práticas que espelham e articulam certas relações de poder. E, uma vez razoavelmente cristalizado, o discurso fundador opera como um mecanismo de verificação, em torno do qual a sociedade organiza as suas relações, impondo significados próprios e moldando a própria tecitura do “real”.

Como sustenta Geertz (2017, p.4), a humanidade é moldada por sistemas simbólicos que desenvolve para significar e interpretar as incertezas da vida: “o homem é um animal amarrado às teias de significados que ele mesmo teceu”. E, se já não há lugar, no atual quadro das Ciências Humanas, para advogar velhos universalismos metanarrativos, que, não raro, dissimulam uma leitura evolucionista das diacrônicas experiências culturais¹⁵, segue mais oportuno que nunca um esforço interpretativo voltado a decifrar os significados mais profundos por trás das práticas arraigadas pela globalização, assumindo-as, sem fatalismos, como resultantes de certas articulações e contingências históricas. Assim, a premissa fundamental por trás do presente esforço milita no sentido de que, sendo a cultura um produto essencialmente coletivo, os seus significados só podem ser construídos e preservados por meio dos discursos sociais. E, se a verdade dos juízes se tornou a verdade da política, cumpre investigar as raízes dessa metamorfose nada trivial.

O discurso fundador, como categoria de análise, será, aqui, compreendido nos termos de Orlandi (2003, p.14 e 130), como um processo de significação que produz “o efeito do novo que se arraiga [...] na memória permanente”, e, desse modo, cristaliza “o efeito do familiar, do evidente, do que só poderia ser assim”. A sua gênese se decanta na historicidade, instituindo “uma nova tradição”, “um momento de significação importante diferenciado”, resignificando, ao instituir “uma memória outra”, “o que veio antes”.

O discurso fundador opera, portanto, como uma referência constitutiva do imaginário social, firmando-se por uma dinâmica que estabiliza certos sentidos e valores e consolidando a percepção do que é legítimo, a partir da articulação de elementos ideológicos, políticos, sociais e econômicos. Tais discursos operam, assim, como uma matriz de sentido e de memória, um ponto de referência que se consolida e reorganiza os valores no curso do tempo, produzindo um efeito de permanência transcendente.

¹⁵ Como é o caso, a propósito, do discurso fundador da revisão judicial, que inscreve a judicialização e o discurso dos direitos no campo metanarrativo das mais elevadas conquistas civilizatórias, em oposição à barbárie e ao irracionalismo das massas.

Frequentemente se apoiando em mitologias políticas e narrativas pré-existentes, ressignificados e reorganizados para criar uma nova filiação memorial, o discurso fundador emerge de um processo histórico que só pode ser propriamente reconhecido a *posteriori*. E, uma vez devidamente instalado, tal discurso criará as condições para que novos discursos secundários se formem a partir de derivas de sua referência fundamental (Orlandi, 2003).

Em sua gênese, os sentidos discursivos fundacionais começam a se formar e a adquirir significado não raro a partir de um estado inicial lacônico, desprovido de densidade significante, ou, ainda, sobrescrevendo sentidos prévios por outros novos. Orlandi (2003) descreve esse “sem sentido” como um espaço desafiador e perigoso, mas fundamental para a produção de novos discursos. O discurso fundador envolve, assim, o apagamento de sentidos prévios, a resistência a esse apagamento e o episódico retorno de significados recalcados, produzindo uma narrativa que orienta a identidade coletiva, mas sempre em meio à conflituosidade e às reinterpretações históricas que compõem o seu conteúdo significante.

Esses sentidos emergem, portanto, de um processo complexo e dialético, cuja origem não pode ser perfeitamente fixável, mantendo-se, ademais, abertos à constante mutação. O processo discursivo é atravessado por uma articulação permanente entre sujeito e linguagem, na qual o sentido se constitui como um espaço contínuo de disputa e ressignificação, sendo essa abertura inerente à sua historicidade e dinamismo. O sentido, portanto, nunca é absoluto, sendo antes construído e reconstruído em consonância com as interações entre os discursos e os seus contextos (Henry, 2003).

E, assim, o discurso da democracia constitucional, no curso de poucas décadas, sobrescreveu quase que inteiramente os elementos centrais da democracia liberal, atualizando-os sob uma nova e original roupagem. Sentidos como a “Constituição”, a “vontade geral”, a “soberania”, o papel dos “direitos fundamentais”, o “consentimento” dos súditos nas relações de poder, os “freios e contrapesos”, a “tripartição de poderes” e, claro, a função dos juízes numa democracia adquiriram novos conteúdos, recalcando, por conseguinte, as filiações semânticas pré-existentes e antes bem-estabelecidas. E, embora sigam parecendo, em sua expressão corrente, “verdades autoevidentes”¹⁶, que se

¹⁶ Para utilizar a expressão eternizada na Declaração de Independência dos EUA (1776), capitaneada por Thomas Jefferson. A locução foi empregada para justificar, naquele contexto, o substrato jusnaturalista tão em voga de que “todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, dentre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (Hunt, 2009, p.225).

legitimam por si, remontando a experiências imemoriais, a sua amplitude metamórfica não pode ser apagada.

Como aponta Vauchez (2017, p.40-41), “a justiça por muito tempo permaneceu um objeto obscuro para os politicólogos”, ao mesmo tempo em que, confinada ao essencialismo barroco e hermético dos juristas, foi tomada “como um ator homogêneo, dotado de uma racionalidade única e trans-histórica”. Para o autor, “o espaço das relações entre justiça e política é sem dúvida um dos mais obscuros do debate público” e encontra a “sua força em uma teoria democrática liberal que faz do *status* constitucional da justiça e das garantias de independência dos magistrados o fator por excelência da natureza dos regimes políticos”.

Nessa trilha, o presente Capítulo objetiva “abrir esse embrulho”, dissecando as “partes constitutivas” do discurso que alicerçou empoderamento judicial e inscrevendo-as no curso de uma historicidade contingente, cuja gênese nodal remonta às fundações da democracia americana. Assim, sendo a judicialização presidida por certas lógicas específicas de poder, fundamentalmente se buscará, para além dos seus encantos superficiais, torná-las mais facilmente inteligíveis.

Argumentar-se-á que o processo de expansão da performance política das cortes calça suas bases nas transições e rearticulações hegemônicas globais experimentadas a meados do século XX, com a universalização das particulares práticas institucionais da democracia constitucional americana e, mais tarde, da Europa, reconstruída sob a sua influência decisiva, sob a égide do Plano Marshall. E, como tal, a compreensão dessa dinâmica contingente, estruturada inteiramente num campo político muito específico, reclama uma breve recomposição dos principais eventos históricos que a informam (Tate, 1995; Vallinder, 1995; Hirschl, 2004; Brandão, 2017).

Para efeitos de organização, este processo será reconstituído inspirando-se nas lições de Hirschl (2004) e de Ginsburg (2003 e 2008), que, em linhas gerais, historiam o fenômeno do empoderamento judicial em grandes ondas. Assim, a periodização ora proposta pode ser sumariada nos seguintes ciclos: (1) do seminal caso *Marbury vs. Madison* (1803) até o advento do ativismo judicial progressista da Corte Warren, essencialmente nos Estados Unidos; (2) do pós-Segunda Guerra Mundial a meados dos anos 1970, numa janela marcada pela expansão da governança transnacional, pela Reconstrução Europeia e pela descolonização tardia de países na Ásia e na África; (3) do desfecho da Guerra Fria, com a desintegração do bloco soviético e a subsequente redemocratização de países da América Latina e da Europa Central e Oriental, numa onda

de consolidação da hegemonia americana que chega, com certos sinais de esgotamento, até os dias atuais.

O quadro a seguir esquematiza a periodização ora proposta, que será, nas seções seguintes, oportunamente contextualizada:

Quadro 1- Quadro esquemático de periodização histórica das três grandes “ondas” de judicialização:

Onda de judicialização	Periodização estimada	Contexto histórico e geopolítico
1ª onda: A gênese	Início do século XIX até meados da década de 1950	Basicamente adstrita aos EUA, do caso <i>Marbury v. Madison</i> (1803) ao caso <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i> (1954).
2ª onda: A expansão global	De meados da década de 1950 até os anos 1970.	Desencadeada nos trilhos da Reconstrução da Europa Ocidental, no pós-Segunda Guerra, e, em parte, a reboque do processo de descolonização tardia dos continentes Asiático e Africano.
3ª onda: A consolidação global	De meados da década de 1970 até os dias atuais	Descortinada no processo de redemocratização da América Latina e do Leste Europeu, nos rastros da desintegração da União Soviética.

Fonte: elaboração própria, a partir de adaptações das periodizações propostas por Hirschl (2004) e Ginsburg (2008).

A partir dessa precária reconstituição histórica, pretende-se captar as bases do discurso fundador de noções como “supremacia constitucional”, “controle de constitucionalidade”, “jurisdição constitucional”, “revisão judicial” (*judicial review*), “dificuldade contramajoritária” (*counter-majoritarian difficulty*), “cortes constitucionais” e “democracia constitucional”. Todas essas noções se articulam intimamente em torno do fenômeno do ativismo judicial e dos seus sinônimos mais usuais, tais como “judicialização da política”, a “politização da justiça” ou a “procedimentalização da política”. Espera-se, a partir da genealogia desses sentidos hoje hegemônicos, descortinar o próprio sentido ideológico predominante na legitimação da atuação intrusiva do judiciário no domínio decisório antes reservado às autoridades eleitas.

Destarte, na primeira seção deste Capítulo, se reconstituirá o progressivo desenvolvimento do notável modelo de revisão judicial dos EUA, desde o advento das instituições da sua singular democracia até os dias de hoje. Buscar-se-á, assim, realçar as características fundamentais do modelo americano de controle de constitucionalidade e as metamorfoses cíclicas da sua influente Suprema Corte, desde a Corte Marshall (1801-1835) até a Corte Roberts (2005-presente), entremeadas por dois séculos de história, num

intervalo que abrange do ativismo conservador da Era Lochner (1897-1937) ao ativismo progressista da sempre lembrada Corte Warren (1953-1969)¹⁷.

Numa segunda seção, explorar-se-á o contexto de formação, o funcionamento e as principais contribuições do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), num delineamento das bases do modelo europeu de conformidade constitucional. Moldada, na Reconstrução, pela Lei Fundamental de Bonn (1949), a Corte Alemã protagonizou uma centralidade inédita cena nacional, chegando às raias, em 2023, de ser o pivô da queda da coalizão social-democrata¹⁸. Especial atenção será dada à sua influência no contexto das novas democracias, resultantes da descolonização tardia na África e Ásia e dos ulteriores processos de redemocratização da América Latina e do Leste Europeu, nos rastros finais da Guerra Fria, na medida em que a Lei de Bonn, fundada no discurso de “dignidade da pessoa humana”, tornou-se o principal referencial paradigmático para a onda subsequente de novas constituições.

Por fim, a revisão judicial será historiada no específico quadro das constituições latino-americanas e, especialmente, do Brasil, num esforço diagnóstico das razões subjacentes que podem explicar o amplo empoderamento do STF apenas numa conjuntura bastante recente, no início do século XXI, a despeito da incorporação do modelo americano de controle de constitucionalidade desde a longínqua Constituição de 1891, sob a égide da Doutrina Monroe e da influência dos EUA no continente americano.

1.1 A singular experiência dos EUA: da Corte Marshall à Corte Roberts

¹⁷ Nos EUA, é comum nomear períodos específicos da jurisprudência da Suprema Corte em alusão ao sobrenome dos seus presidentes, que, diferentemente do que ocorre no Brasil, são apontados para servir no posto de modo vitalício. O *chief justice*, por suas prerrogativas institucionais e capacidade de liderança, muitas vezes imprime certas características distintivas à agenda do Tribunal no curso de sua gestão. Assim, por exemplo, a expressão “Corte Marshall” alude ao período em que a Suprema Corte foi presidida por John Marshall, e o mesmo se aplica semelhantemente aos demais presidentes do Tribunal.

¹⁸ Em 15 de novembro de 2023, a Corte alemã julgou inconstitucional a realocação de € 60 bilhões de créditos residuais, não utilizados na Pandemia, para instituir um fundo climático, limitando, assim, as opções do governo para contornar o teto de endividamento, que impunha um déficit máximo de apenas 0,35% do PIB. A decisão exacerbou as tensões em uma coalizão governamental heterogênea, montada em 2021, já bastante fraturada, composta por social-democratas, “verdes” e “liberais”. A crise política agravou-se com a retirada dos liberais do governo, defensores de uma ortodoxia fiscal rejeitada pelo restante do gabinete, que optou por suspender o teto fiscal. Esse conflito, somado ao contexto desafiador marcado pela ascensão do populismo extremista, pela guerra na Ucrânia, pela crise econômica europeia e pela nova eleição de Trump, precipitou a queda do gabinete, deflagrando a convocação de novas eleições (Deutsche Welle, 2024).

Após a independência das 13 ex-Colônias Britânicas, os Estados Unidos formaram um governo confederado, espelhado na institucionalidade precária do Congresso Confederado¹⁹ e sob a governança legal limitante dos Artigos da Confederação²⁰. Os “Artigos” estabeleciam uma aliança frouxa entre os estados, concedendo ao Congresso apenas poderes relacionados à guerra e à diplomacia, sem a prerrogativa de emitir moeda, regular o comércio interestadual ou fixar tributos, o que o tornava financeiramente dependente dos estados e criava impasses relevantes na gestão das finanças públicas, fortemente pressionadas pelo esforço da Guerra de Independência, de 1775 a 1783 (Karnal, 2018; Lepore, 2020; Davidson, 2016).

Em 1787, diante das deficiências dos Artigos da Confederação, uma “Convenção” foi convocada, na Filadélfia, com um escopo inicialmente limitado à revisão do seu texto, para a qual os estados apontaram os seus delegados sem que estes passassem por quaisquer eleições prévias²¹. Uma vez reunidos, sob a liderança e influência de figuras como George Washington, James Madison e Alexander Hamilton, o encontro gradualmente se converteu, *ultra vires*, numa “assembleia constituinte”, desbordando os limites do seu mandato original. O objetivo passou a ser, então, a criação de um novo sistema político, que tratasse de questões sensíveis como o estabelecimento de um

¹⁹ No contexto da Revolução Americana, o Congresso Continental — um corpo legislativo estabelecido para coordenar a resistência contra o domínio britânico — funcionou como um precário órgão central de governo das 13 colônias, entre o início das hostilidades com a Metrópole e os primeiros anos pós-independência, até a promulgação da Constituição. O Primeiro Congresso Continental, em 1774, reuniu representantes das colônias para discutir as tensões com a Grã-Bretanha e traçar um plano de ação conjunta em resposta às Leis Intoleráveis, endereçando uma petição formal à Coroa na busca por uma solução acomodatória. Com o fracasso da medida, foi convocado um Segundo Congresso Continental, entre 1775 e 1781, após o início dos combates entre os colonos e as tropas britânicas, para coordenar os esforços da Guerra de Independência. Sua principal medida foi a histórica Declaração de Independência (1776) e a formação do Exército Continental, que, liderado por George Washington, consagrou a inesperada vitória americana. Rebatizado como “Congresso da Confederação”, sem poderes executivos fortes e desprovido de uma autoridade judicial nacional, a instituição era, em essência, uma assembleia legislativa e deliberativa, que decidia por um sistema de votação em que cada um dos estados possuía um único voto, expresso por delegados designados *ad hoc* por cada uma das legislaturas subnacionais, independentemente do tamanho de sua população. Seus delegados não tinham mandatos definidos, e a sua permanência e atuação dependiam das instruções e dos interesses dos governos estaduais, em razão da desconfiança das ex-colônias quanto ao poder centralizado e opressivo do parlamento britânico. Esse modelo, embora rendesse grande autonomia aos estados, criava embaraços relevantes à jovem nação americana (Karnal, 2018; Lepore, 2020; Davidson, 2016).

²⁰ Os “Artigos da Confederação” foram elaborados pelo Congresso Continental em 1777, entrando em vigor finalmente em 1781, com a sua ratificação pelas legislaturas de todos os estados-parte, após uma solução de compromisso que endereçou litígios fronteiriços interestaduais. Os “Artigos” funcionaram como uma espécie de pré-Constituição para os EUA, estabelecendo uma confederação frouxa entre estados quase-soberanos, com um governo central fraco, que lidava com assuntos limitados, como a guerra, a diplomacia e os assuntos indígenas, preservando a maioria dos poderes sob a alçada dos estados, ressabiados com o centralismo dos britânicos (Karnal, 2018; Lepore, 2020; Davidson, 2016).

²¹ Ackerman (1991) enxerga, na ausência de eleições para os delegados, uma das deficiências estruturais mais graves do processo constituinte americano, enfatizando o caráter elitista que permeou a Convenção da Filadélfia e moldou os princípios constitucionais fundamentais dos EUA.

governo central mais forte — a “União” —, a criação de uma força nacional permanente, confiável e sob o controle civil, e a instituição de uma corte federal.

O resultado dos trabalhos foi a aprovação da Constituição em 1787, que instituiu um governo central limitado, mas dotado de autoridade substancial e de meios efetivos para preservá-la. Esse novo governo espelhou a configuração tripartite de poderes, com um sistema de freios e contrapesos inspirado pelas ideias iluministas, numa implementação inovadora — mas com contornos próprios — dos princípios delineados por Montesquieu²². Além da presidência da República, adotou-se um Congresso bicameral, composto por uma Câmara dos Representantes, com representação proporcional à população de cada estado, e por um Senado, com idêntica representação para cada estado, num compromisso de equilíbrio com os entes federados menores, além de uma Suprema Corte nacional.

No texto constitucional, a soberania da Nação foi dispersa em um arranjo federativo de inclinação centrífuga, num condomínio de poder entre o governo central e os estados-membros. Além disso, pela pressão qualificada da oposição antifederalista, como compromisso para a sua ratificação²³ pelos estados²⁴, negociou-se, ainda, a adição

²² O Barão de Secondat, analisando modelos europeus despóticos, advertia que “poder de julgar não deve ser dado” a um corpo permanente de julgadores, mas “ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer” (Montesquieu, 1996, p.169). Assim, “o poder de julgar, tão terrível entre os homens [...] torna-se, por assim dizer, invisível e nulo [...]; teme-se a magistratura, e não os magistrados” (p.169). Espelhando a crença contratualista, segundo Montesquieu (1996, p.170), “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei”, pois, “se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. Os juízes seriam apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei, [...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (p.175). Ao que se vê, o Judiciário teorizado por Montesquieu é bastante distante de sua expressão institucional contemporânea ou mesmo da concepção esboçada por federalistas como Hamilton (2003a).

²³ A Constituição dos EUA, em seu artigo 7º, previu que a sua ratificação dependeria da aprovação de nove dos treze estados, para só então entrar em vigor, superando a paralisante regra de unanimidade dos Artigos da Confederação. Por previsão constitucional, cada estado deveria realizar convenções especialmente convocadas para este fim, em vez de recorrer diretamente às suas legislaturas ordinárias. Os delegados foram eleitos diretamente com uma função estratégica dúplice: assegurar que a Constituição contasse com um mínimo de legitimidade popular e, sobretudo, neutralizar a influência direta das legislaturas paroquiais, resistentes aos esforço de centralização. O primeiro estado a ratificar, por unanimidade, a Constituição foi o Delaware (*The First State*), em dezembro de 1787, mas só com a adesão de New Hampshire, em junho de 1788, alcançou-se o quórum exigido, de nove estados. Após uma longa negociação, Rhode Island foi o último a aderir ao pacto, em maio de 1790 (Karnal, 2018; Lepore, 2020; Davidson, 2016).

²⁴ No processo de ratificação pelos estados, houve forte oposição dos estados, polarizando o debate público fundamentalmente em duas correntes. De um lado, os depois autoproclamados “federalistas” defendiam a nova Constituição, argumentando que um governo central, suficientemente equipado, seria necessário para garantir a estabilidade, a ordem e o desenvolvimento econômico da jovem Nação. Entre os seus líderes estavam Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que, no esforço de convencimento da sociedade ilustrada, produziram uma série de ensaios publicados anonimamente na Imprensa, que ficariam mais tarde conhecidos como os *Federalist Papers*, justificando as principais cláusulas da Constituição de 1787. Do outro lado do debate, tensionando pela não ratificação, estavam os “antifederalistas”, que temiam que a

imediatamente subsequente, nas dez primeiras “emendas”, de um catálogo de direitos fundamentais²⁵, em salvaguarda das liberdades dos cidadãos.

Beard (2004), ao contestar as correntes de interpretação histórica que exaltam o excepcionalismo americano na criação da Constituição de 1787, argumenta que a sua elaboração não foi propriamente fruto da vontade popular — pelo menos não do povo em sua ampla extensão²⁶. Para o autor, a Constituição se desdobrou, antes de tudo, de interesses econômicos específicos das elites políticas e econômicas bem-posicionadas de então, que esperavam extrair, da sua ratificação, benefícios materiais e simbólicos bastante tangíveis e imediatos.

Segundo Beard (2004), os grandes proprietários de terras, detentores de títulos de dívida pública — emitidos, em grande parte, para financiar a Guerra de Independência — e comerciantes buscaram assegurar, com a nova estrutura de governo, a proteção de suas propriedades e investimentos contra políticas estaduais que progressivamente favoreciam

nova Constituição centralizasse poderes de forma excessiva na União, ameaçando a autonomia dos estados e pondo em risco as liberdades individuais. Líderes, como Patrick Henry e George Mason, acreditavam que a Constituição favoreceria inevitavelmente uma aristocracia emergente e poderia engendrar um governo semelhante ao que haviam acabado de derrotar na Guerra da Independência. Sua reação também veio a conduto da publicações de ensaios em panfletos e na Imprensa, que ficariam conhecidos como os *Antifederalist Papers*, alertando sobre os riscos de um governo central forte, sem garantias explícitas de direitos individuais. A Imprensa, como se vê, exerceu um papel central no debate público — inclusive com o uso de pseudônimos, para garantir o anonimato, contra retaliações —, permitindo a ampla circulação das principais ideias em debate, numa dialética fundamental para a formação da opinião pública e para a ampliação da legitimidade constitucional, ao menos em seu processo de ratificação (Karnal, 2018; Lepore, 2020; Davidson, 2016; Ackerman, 1991).

²⁵ Escaldada pelo despotismo britânico, a feroz propaganda antifederalista, de base popular, paroquialista e rural, se opôs à Constituição em sua versão inicial, denunciando, em sua mobilização, especialmente a ausência de garantias específicas para proteger os cidadãos contra os potenciais abusos do nascente “Leviatã” federal. Para alcançar a ratificação em importantes estados onde a oposição era relevante — como Massachusetts, Virginia e Nova Iorque —, os federalistas acenaram com a promessa de que, após o endosso, formulariam emendas à Constituição, com vistas à garantia de um conjunto mínimo de franquias individuais. A promessa foi essencial para assegurar o apoio necessário nesses estados, que só ratificaram a Constituição sob tal condição. Cumprindo o compromisso, a *Bill of Rights* — composta pelas dez primeiras emendas à Constituição —, foi proposta em 1789 e ratificada em 1791, assegurando direitos negativos básicos aos cidadãos americanos. Seu texto lista prerrogativas essenciais, como (1) a liberdade de expressão, de religião, de reunião, de petição e de associação, (2) o direito ao devido processo legal em casos de privação de liberdade e de propriedade, (3) o direito ao porte de armas para autodefesa e segurança, e (4) a proteção contra fianças e multas extorsivas, bem como a vedação a punições cruéis e incomuns. O documento reconhece, ainda, a existência de outros direitos não expressamente listados em seu texto, sinalizando um rol de garantias que seria essencialmente exemplificativo. Desse modo, como uma grande contribuição da oposição antifederalista, a *Bill of Rights* cumpriu um papel central no processo de negociação constitucional, contribuindo para a neutralização de dissidências importantes (Vitullo e Cunha Filho, 2020).

²⁶ Não é demais registrar que a cidadania, àquela altura, era um atributo bastante exclusivista, sendo confinada a homens brancos, proprietários de terras e com certo nível de renda ou instrução, espelhando a exclusão social da época e limitando a participação direta das massas nas origens da democracia americana. Cada estado, por suas leis, estipulava critérios de alistabilidade próprios, geralmente baseados em fatores como sexo, idade mínima, posse de bens de capital, renda e, em alguns casos, testes de alfabetização (Ackerman, 1991).

devedores e pequenos proprietários, ameaçando a estabilidade econômica do país. O descontentamento com o sistema confederativo era particularmente alto entre as elites financeiras e os credores, que viam no governo central fraco uma instância incapaz de proteger seus interesses diante de investidas estaduais como a emissão desenfreada de papel-moeda, as leis de suspensão de dívidas (*stay laws*) e outros mecanismos de alívio financeiro às camadas populares (Beard, 2004).

Em análise detalhada dos debates e das correspondências trocadas pelos delegados convencionais naquele contexto, Beard (2004) explicita o esforço deliberado de salvaguarda dos interesses das elites dirigentes. Líderes como Alexander Hamilton capitanearam o movimento em favor de um governo federal fortalecido, e o método de seleção dos delegados à Convenção assegurou que os interesses das elites nacionais fossem super-representados. A maioria dos delegados foi, de fato, composta por grandes proprietários de terras, credores e investidores em títulos públicos — grupos diretamente beneficiados pela criação de um governo nacional capaz de garantir o pagamento das dívidas e de estabilizar o sistema econômico.

Ao investigar também os padrões de votação no processo de ratificação, Beard (2004) evidencia como o conflito entre interesses econômicos divergentes — especialmente a polarização entre credores e devedores de títulos da dívida pública e entre regiões comerciais e agrárias — organizou o apoio ou a resistência ao novo arranjo constitucional. Como síntese dessa disputa, a Constituição pendeu a favor de uma ordem política que refletiu e entrincheirou juridicamente os interesses das elites econômicas, lançando as bases do que seria a democracia constitucional americana. Esse fator está no cerne de um singularismo americano: considerar a Constituição uma “lei das leis”, com força jurídica vinculante, em vez de um mero documento diretivo e aspiracional, que enuncia valores norteadores de caráter precipuamente político, como no restante da Europa²⁷.

A Constituição de 1787 foi, portanto, essencialmente permeada pela lógica de “constituição econômica”, que pautaria progressivamente o pensamento constitucionalista ocidental nos dois séculos seguintes, embora redigida sob uma linguagem politicamente neutra e alinhada ao universalismo racionalista característico da Modernidade. Sua estrutura centralizada de governo refletiu, em última análise, as demandas dos grupos econômicos que dominaram a sua formulação, debate e ratificação,

²⁷ Essa era a característica hegemônica das constituições europeias até o início do século XX, como ressaltam Grossi (2007), Bobbio (2004), Brandão (2007) e Fioravanti (2001 e 2003).

sendo idealizada como um instrumento para proteger o direito de propriedade e conter políticas tidas como demagógicas (Beard, 2004).

Nesse contexto, Beard (2004, p.161) assinala o papel do judiciário americano, concebido desde a sua origem como a trincheira derradeira para assegurar proteção aos contratos e à propriedade privada. Os federalistas viam o judiciário, de fato, como um contrapeso essencial contra “uma maioria interessada e dominadora”, operando a “santidade e os mistérios do Direito” como uma defesa contra “excessos democráticos”. Assim, a estrutura diferenciada do governo central, com a nomeação indireta dos juízes pelo Presidente e pelo Senado e a vitaliciedade dos magistrados, visou, mais que assegurar a sua independência, isolá-los dos “distúrbios populares”. Beard (2004), não por menos, considera o controle judicial como a “pedra angular” desse sistema elitista, qualificando-o como a contribuição mais inovadora da Convenção de Filadélfia à Ciência Política.

Apesar disso, quanto ao Judiciário Federal, a Constituição se limitou a fixar, em seu art. 3º, que tal poder seria “investido a uma Suprema Corte e aos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso”, cujos juízes conservariam vitaliciamente os “seus cargos, enquanto bem servirem”, com irredutibilidade de subsídios. A Suprema Corte federal só julgaria, em grau originário, “questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um estado”. Qualquer outra questão só chegaria ao seu crivo, portanto, em grau recursal (EUA, 1787).

No art. 2º, seção II, a Constituição conferiu ao presidente da República, a prerrogativa de nomear, “com o conselho e consentimento do Senado, [...] os juízes da Suprema Corte”. Não há qualquer menção quanto aos seus requisitos de investidura, número de assentos disponíveis e processo decisório, que são inteiramente regulados por leis infraconstitucionais. A Constituição tampouco defere expressamente qualquer autoridade ao Judiciário para revisar leis e atos do poder público, limitando-se a dizer, que, em seus julgamentos, a Suprema Corte se pronunciaria “tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer” (EUA, 1787).

A importância aparentemente secundária dada à Suprema Corte pelos constituintes parecia evidente e pode ser bem ilustrada na própria história arquitetônica do *National Mall*, em Washington D.C.: enquanto os edifícios do Capitólio e da Casa Branca, em suas versões originais, já foram inaugurados entre 1793 e 1800, a Suprema Corte somente conquistou uma sede própria e definitiva em 1935. Antes disso, funcionou

em diversos edifícios e sedes improvisados, inclusive nos porões do Senado Americano, numa condição que não deixa de ser reveladora do seu prestígio originário²⁸.

Com efeito, o governo central — ungido por uma complexa eleição indireta no colégio eleitoral, com sufrágio limitado — e o Senado — eleito indiretamente pelas legislaturas estaduais — foram as principais travas contra o alarde do “populismo”, de modo que, só no fim do século XIX, o judiciário americano passou a exercer um papel relevante nesse particular, conforme avançavam as fronteiras do sufrágio (Beard, 2004).

De fato, durante a Convenção Constitucional de 1787, os delegados concentraram suas discussões nos poderes do Legislativo e do Executivo, enquanto a criação do Judiciário recebeu pouquíssima atenção. A Constituição estabeleceu a Suprema Corte e a possibilidade de criação de tribunais inferiores, mas deixou em aberto o seu papel específico. Hamilton e um conjunto proeminente de federalistas defenderam a extravagante ideia da revisão judicial como um meio de neutralizar leis injustas, mas não houve consenso sobre os limites e a extensão desse poder. Assim, em seus primeiros anos, a Suprema Corte tinha pouca ou nenhuma relevância concreta, sofrendo com falta de quórum, mudanças frequentes no *bench* de juízes e obrigações desgastantes para magistrados idosos, como “viajar em circuito”²⁹, para supervisionar casos em diferentes rincões (Waldman, 2023).

De toda forma, já a partir do caso *Marbury v. Madison* (1803), a Suprema Corte deu o primeiro passo rumo à afirmação do que seria o seu extraordinário poder de revisão constitucional, autoconferindo-se a prerrogativa de invalidar leis reputadas inconstitucionais (Waldman, 2023). E, embora o raciocínio jurídico empregado no episódio não fosse inédito e o seu impacto político imediato tenha sido bastante modesto

²⁸ O edifício da Suprema Corte, localizado na imponente Capitol Hill, em Washington, atrás do Capitólio, foi inaugurado apenas em 1935, sob o mandato do influente *Chief Justice* Charles Hughes. Até então, a Corte funcionava em salas improvisadas do Senado e do próprio Capitólio, o que, pelo menos num plano simbólico, é revelador de sua estatura institucional secundária no primeiro século da nação americana (EUA, 2018). Marchese (2016) recorda que, naquela época, a Corte possuía um papel de relevância muito inferior aos demais Poderes, reunindo-se poucas vezes ao ano, em julgamentos itinerantes, intercalados por longas e exaustivas viagens aos estados, em instalações bastante improvisadas.

²⁹ A judicatura itinerante era uma atribuição original dos magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos. Tal atribuição impunha viagens por longas distâncias num período anterior aos modernos meios de transporte, em veículos por tração animal. Nessas temporadas anuais, os juízes eram obrigados a percorrer regiões conhecidas como “circuitos” para presidir audiências em tribunais locais, garantindo a presença do Judiciário Federal em áreas distantes da Capital. Embora necessária à época, a prática era extenuante — especialmente para os magistrados mais idosos — e comprometia a focalização em casos de relevância nacional, dificultando a consolidação da Suprema Corte como uma instituição influente no sistema governamental americano. O *Judiciary Act* de 1891 reduziu substancialmente a necessidade das chamadas *circuit ridings* ao criar cortes federais de apelação, mas foi apenas com o *Judicial Code* de 1911 que a prática foi completamente abolida, permitindo à Corte concentrar-se em seu crescente papel de “guardiã” da Constituição (Federal Judicial Center, [s.d.]).

— a despeito de sua superestimação histórica —, o seu desfecho é amplamente reconhecido como um marco fundador da democracia constitucional. Não por menos, Souto (2015, p. 9) se refere ao caso como “o nascimento e a certidão de batismo do controle de constitucionalidade”.

E, antes de examinar os principais detalhes do caso, cabe uma breve digressão: por que razão os americanos, a despeito de compartilharem com os ingleses os costumes, a língua e uma tradição jurídica comum — fundamentada no *common law*, de matriz anglo-saxã —, optaram por um sistema profundamente distinto, contrapondo à clássica supremacia parlamentar a então pioneira ideia de supremacia constitucional. Essa singularidade americana, longe de se limitar a uma tecnicidade de somenos, reflete abordagens contrastantes sobre o equilíbrio de poder, moldadas por experiências históricas e contextos políticos específicos.

Nesse particular, cabe recordar que, em sua origem, as constituições possuíam um caráter essencialmente político-proclamatório, de caráter aspiracional e ideológico, funcionando mais como declarações e diretivas de princípios, desprovidos de aplicação jurídica imediata. Essa característica é particularmente evidente em documentos fundadores do constitucionalismo moderno como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto da Revolução Francesa, cuja natureza era seguramente mais panfletária que propriamente jurídico-positiva. Àquela altura, decerto não se cogitava a possibilidade de reclamar os direitos ali elencados à injunção das cortes de justiça. No entanto, nos EUA, o conceito de constituição logo adquiriu contornos próprios, consolidando uma visão pragmática e inovadora, que lhe conferiu um caráter normativo vinculante e hierárquico, capaz de limitar os poderes eleitos pela via de heterodoxos procedimentos de revisão judicial (Grossi, 2007; Bobbio, 2004; Brandão, 2007; Fioravanti, 2001 e 2003).

Cooley (2002) oferece uma hipótese convincente para explicar esse contraste singular, ao reportar que, na Inglaterra, a Magna Carta (1215) e a *Bill of Rights* (1689) fortaleceram o Parlamento como um contraponto ao absolutismo da Coroa, limitando o seu poder especialmente no que diz respeito ao direito de propriedade, ao devido processo legal e à cobrança de tributos sem consentimento dos súditos — o conhecido princípio *no taxation without representation*. Assim, o legislativo inglês consolidou-se, desde o princípio, como uma instituição que promovia os interesses dos barões feudais e da nascente burguesia, em oposição ao despotismo monárquico.

Do outro lado do Atlântico, o Legislativo britânico não gozava, no entanto, de idêntico prestígio, ao menos não dentre as elites americanas, que o percebiam como um instrumento opressor da Metrópole, já que não se faziam representar em sua composição³⁰. Esse descontentamento pode ter contribuído para a formulação de uma perspectiva distinta sobre a separação de poderes e sobre o papel do judiciário na proteção dos direitos individuais. Contudo, é importante reiterar que a Constituição de 1787, apesar das tentativas frustradas de delegados influentes na Convenção da Filadélfia, não conferiu explicitamente ao Judiciário a prerrogativa de revisar leis ou atos do poder público.

Assim, parece mais plausível que a concepção americana de supremacia constitucional derive de fatores domésticos, como a (1) adoção de uma constituição escrita³¹ e rígida³² — que reclamava mecanismos eficazes para preservar sua autoridade —, (2) a estrutura fragmentária do seu sistema político — que não contava com a figura centralizadora e polarizante de uma monarca —, e, sobretudo, (3) o já relatado esforço de entrincheiramento de interesses elitistas patrocinado pelo federalistas. Esses elementos foram cruciais para a consolidação progressiva da revisão judicial e do papel proeminente

³⁰ As elites das Treze Colônias Inglesas, além de representação no parlamento britânico, reivindicaram maior autonomia em relação à Metrópole, protestando contra tributos escorchantes impostos unilateralmente pela Coroa. Esse descontentamento culminou na rebelião conhecida como *Boston Tea Party*, em 1773, que desembocaria, posteriormente, na Revolução Americana de 1776. Como observam Fioravanti (2001) e Cooley (2002), é possível especular que o parlamento britânico fosse percebido de maneira distinta por americanos e ingleses, dadas as diferenças de contexto. Para os primeiros, representava um instrumento de opressão ligado à Coroa, enquanto, para os segundos, simbolizava um órgão central de poder e de produção legítima do consentimento dos súditos.

³¹ A Constituição americana é formal e codificada, ao passo que a Constituição do Reino Unido é predominantemente consuetudinária, sendo composta por um conjunto fragmentário de diplomas legais históricos, precedentes jurisprudenciais e costumes institucionais, sem uma sistematização codificada num único documento jurídico solene. Esse arranjo, fruto da longa tradição histórica liberal dos ingleses, permite, em tese, alterações por simples deliberação da maioria legislativa, em linha com o princípio da soberania parlamentar. Em termos práticos, porém, essas regras possuem um *status* reforçado, na medida em que gozam de sólido enraizamento social, como reflexo de sua legitimidade histórica, da cultura de *Rule of Law* e da continuidade da sólida tradição parlamentar.

³² Embora as práticas consuetudinárias predominassem em algumas tradições políticas do século XVIII, como no sistema britânico, o modelo americano inovou ao institucionalizar uma constituição codificada e rígida, garantindo maior previsibilidade e proteção aos direitos negativos. Uma constituição rígida é aquela cuja modificação exige procedimentos mais complexos e solenes do que os necessários para alterar a legislação ordinária, conferindo-lhe maior estabilidade ao restringir suas possibilidades de reforma, sem a tornar, contudo, imutável. Essa rigidez induz gravitacionalmente a ideia de supremacia constitucional, ao estabelecer limites claros à atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Por ser mais difícil de modificar, a constituição rígida não pode ser alterada reflexamente, por meio do processo legislativo ordinário, angariando, assim, uma relação de hierarquia formal quanto às leis infraconstitucionais. A Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1787, corporifica por excelência esse modelo, uma vez que o seu Artigo V exige quóruns qualificados de reforma tanto no Congresso quanto na ratificação estadual, tornando o processo de alteração bastante dificultoso. Assim, a rigidez da Constituição de 1787, aliada à sua natureza escrita, influenciou de forma relevante a progressiva consolidação do paradigma da supremacia constitucional e de revisão judicial, afirmados já no seminal caso *Marbury v. Madison* (1803), deferindo-se progressivamente ao judiciário a função de “guardião” constitucional.

do judiciário no sistema americano, especialmente como um contrapeso a governos de forte apelo popular, como os liderados por Jefferson, Jackson, Lincoln e Franklin Roosevelt (Beard, 2004; Brandão, 2007; Ackerman, 1991).

No que diz respeito à judicialização e à ideia de supremacia constitucional, a Revolução Francesa acabou trilhando um caminho radicalmente oposto ao dos EUA. Na França do fim do século XVIII, o judiciário era nobiliárquico e uma reminiscência explícita da decadente aristocracia. Não por menos que termos como “corte” — além de extravagantes vestes talares e numerosos excessos litúrgicos —, são, ainda nos dias de hoje, intimamente associados ao universo judicial. A magistratura era a representante por excelência do *corpus* do *Ancien Régime*, ao passo que o parlamento encarnava os princípios libertários das revoluções burguesas, sendo, por isso, dotado de ampla legitimidade política (Cooley, 2002; Fioravanti, 2001).

O papel simbólico do parlamento como porta-voz da *volonté générale* e seu impulso inicialmente anti-*establishment*, somados à profunda desconfiança que pairava sobre os juízes, foram fatores cruciais para que a França revolucionária adotasse a medida extrema de proibir expressamente qualquer “atividade interpretativa” aos seus magistrados³³. Mais que isso, o influente abade Emmanuel Joseph Sieyès, autor do marcante manifesto “*Qu'est-ce que le tiers état?*”³⁴ e precursor da teoria do poder constituinte, chegou a propor a extinção do judiciário francês, ao idealizar códigos legais tão sistematizados, racionais e autoexplicativos que tornariam supostamente desnecessária a mediação hermenêutico-judicial. Esse desenvolvimento histórico explica a relutância francesa em aceitar, até hoje, a censura judicial de atos políticos (Cunha, 2013).

Assim, o pragmatismo dos *Founding Fathers* — atravessado por uma desconfiança original quanto aos pendores “populistas” dos governos estaduais — engendrou a primeira constituição escrita e rígida a articular os princípios iluministas da tripartição de poderes, da República presidencialista, do federalismo e da democracia constitucional. Apesar disso, como já se adiantou, mesmo a vanguardista Constituição de 1787 absteve-se de reconhecer expressamente a possibilidade de censura judicial às

³³ Como assinala Cunha (2013, p.8), o “Decreto 16-24 de agosto de 1790 proibiu os tribunais de fazerem regulamentos e induziu-os a se dirigirem ao legislativo toda vez que julgasse necessário interpretar uma lei (*référé facultatif*). Pouco depois, Robespierre sustentou que o vocábulo ‘jurisprudência’ deveria ser banido da língua francesa: ‘Num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência não pode ser outra coisa que não a própria lei’. Em dezembro desse ano instituiu-se a Corte de Cassação e criou-se o *référé nécessaire*, uma consulta ao poder legislativo em caso de divergência jurisprudencial”.

³⁴ Na versão brasileira, o título foi batizado como “A Constituinte burguesa” (Sieyès, 2014).

decisões políticas, num silêncio eloquente que espelhou a sua abordagem cautelosa em relação à definição das fronteiras entre os poderes.

Em todo caso, os *Papers* federalistas — que reuniram as bases conceituais centrais da Constituinte da Filadélfia —, expressamente anteviram e, até mesmo, instigaram a revisão judicial das leis que contrariassem a Constituição. No *Paper* nº 78, Hamilton, reconhecendo a ausência de previsão expressa na Constituição de 1787, sustentou que a competência dos tribunais para guardar, interpretar e aplicar a Constituição seria implícita, decorrendo do princípio segundo o qual um “ato do corpo legislativo contrário à Constituição não pode ter validade”³⁵. Para Hamilton (2003a, p. 459-460):

A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros poderes. (...) É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo.

Hamilton (2003a, p. 459-462), posicionando-se indiretamente sobre a controvérsia entre superioridade do parlamento ou do judiciário, no tocante à força normativa da constituição, sustentou que “o poder do povo é superior a ambos” e que, “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela”. Aqui, “o povo” parece essencialmente um código para nomear as elites da Convenção da Filadélfia. Ainda assim, Hamilton (2003a, p. 459-462) prossegue, sustentando enfaticamente que:

[...]não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, [...] que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem.

O autor ainda alude brevemente ao *judicial review* em outros dois outros ensaios federalistas. No *Paper* nº 16, ao abordar os riscos das facções partidárias, argumenta que

³⁵ Tal proposição, como já se argumentou anteriormente, é tributária da natureza rígida da Constituição, cuja alteração não poderia se dar pela via reflexa de modificação da legislação ordinária.

“se os juízes não conspirarem com a legislatura, hão de declarar que as decisões da maioria são contrárias à lei do país, inconstitucionais e nulas” (Hamilton, 2003b, p. 102). Já no *Paper* nº 81, Hamilton abordou a necessidade de um ator externo ao legislativo para corrigir os seus desvios e interpretar as suas normas — evitando que este poder se tornasse simultaneamente juiz e parte interessada de suas causas. Apontando o judiciário como “o mais fraco entre os Poderes”, por não deter nem a “bolsa” — o orçamento público — nem a “espada” — a autoridade militar —, Hamilton (2003c, p. 476) afirmou ser preciso:

[...]observar que o perigo tão receado das usurpações do Poder Judiciário sobre o Legislativo é puramente imaginário. [...]Quem refletir sobre a natureza do Poder Judiciário, sobre o seu objeto, sobre a maneira por que ele se exercita, sobre sua fraqueza comparativa, sobre sua impotência absoluta de sustentar pela força as suas usurpações, não pode ter a esse respeito a menor dúvida.

Note-se que Hamilton menciona um judiciário “fraco”, hipoteticamente próximo daquele esboçado por Montesquieu, embora contradiga as suas proposições fundamentais, ao defender uma magistratura permanente e vitalícia, apontada por um acordo entre as elites políticas. O judiciário “fraco” teorizado pelo Barão de Secondat, como já descrito anteriormente³⁶, deveria ser composto por um corpo temporário, recrutado na própria comunidade, com atuação meramente declaratória e sem margem interpretativa. Montesquieu (1996) defendia que os juízes atuassem como meros aplicadores da lei — “a boca da lei” —, sem jamais cogitar poderes extravagantes como o *judicial review*. Aliás, Montesquieu (1996) foi enfático em advertir sobre o risco despótico de reunir as funções legislativa e adjudicatória numa única autoridade. Assim, embora ambos refiram um “judiciário fraco”, ao menos em perspectiva histórica, tal figurino não parece cair bem à magistratura americana.

Retornando, enfim, ao caso *Marbury vs. Madison*, cabe contextualizá-lo no ambiente político de tensão que rondava a recém-independente Nação Americana, no início do século XIX. À época, as elites partidárias do país estavam polarizadas entre duas grandes facções: os federalistas — em franco declínio, liderados por John Adams, ex-vice de George Washington e 2º presidente dos EUA — e os emergentes democratas-republicanos — também conhecidos como “republicanos antigos” ou “republicanos jeffersonianos”, de oposição, organizados em torno do vice-presidente Thomas Jefferson.

³⁶ Confira-se a Nota de Rodapé nº 22, à p.23, deste Capítulo.

Este sucederia Adams nas eleições de 1800, propugnando uma visão de “homem comum” que lhe rendeu forte endosso popular (Victor, 2015).

Marbury vs. Madison emerge desse cenário de intensa polaridade entre a facção federalista e os republicanos jeffersonianos, agudizada pela morte da figura unificadora de George Washington. Os federalistas, liderados pelo presidente Adams, defendiam um governo centralizado, elitista, voltado à estabilidade e ao fortalecimento econômico da jovem Nação, promovendo medidas como a criação de um Banco Nacional e uma política de alinhamento comercial pragmático com a Grã-Bretanha. Em oposição, os republicanos, sob a liderança de Jefferson e Madison, defendiam a descentralização federativa, priorizando os direitos dos estados e os interesses agrários de pequenos e médios proprietários, considerados a base da democracia americana. As tensões se intensificaram durante a gestão Adams (1797-1801), marcada por medidas controversas, como o Ato de Sedição de 1798, que restringia a liberdade de expressão, e por uma ambígua postura pró-britânicos, durante a Quase-Guerra com a França. Essa conjuntura acabou favorecendo a oposição popular (Victor, 2015; Souto, 2015).

Nessa trilha, a eleição presidencial de 1800 foi marcada pelo empate inusitado³⁷, no Colégio Eleitoral, entre Jefferson e Aaron Burr, ambos da facção Democrata-Republicana. E, após intensas negociações e ameaças de resistência pelos republicanos, o desempate foi arbitrado pela Câmara dos Deputados. Um fator crucial para a vitória de Jefferson foi o apoio decisivo do federalista Hamilton, que, embora seu adversário, considerava Burr um perigo maior para o país. Em todo caso, o desfecho da crise representou uma derrota avassaladora para os federalistas, que perderam tanto a presidência quanto o controle das Casas do Congresso, encerrando uma década de hegemonia. Assim, a “Revolução de 1800” — como ficaria conhecida aquela eleição — marcou a primeira transferência pacífica de poder entre facções rivais na história americana, consolidando a legitimidade do seu processo eleitoral (Victor, 2015; Souto, 2015).

³⁷ Àquela altura, o sistema eleitoral americano seguia as diretrizes originais da Constituição de 1787, que não distinguia os votos conferidos ao presidente e ao vice no Colégio Eleitoral. Cada eleitor dispunha de dois votos, registrados sem especificação sobre o cargo a que correspondiam. O candidato com o maior número de votos, desde que alcançasse a maioria absoluta, era declarado presidente, enquanto o segundo colocado assumia o posto de vice. Esse modelo mostrou-se problemático já nas eleições de 1800, quando os candidatos democratas-republicanos — Jefferson e Burr — receberam o mesmo número de delegados. Incapaz de resolver o impasse, o Colégio Eleitoral transferiu a decisão à Câmara dos Representantes, que definiu o resultado apenas após 36 rodadas de conturbadas votações. Essa experiência expôs as fragilidades do sistema e os riscos inerentes de manipulação eleitoral, motivando a aprovação da 12ª Emenda à Constituição. Esta, já em 1804, reformulou o processo eleitoral, determinando que os votos para presidente e vice fossem processados separadamente (Souto, 2015; Lepore, 2020; Davidson, 2016).

Num esforço derradeiro para preservar influência, os federalistas, acossados, recorreram ao aparelhamento estratégico do judiciário, visto como o bastião elitista final contra o aclamado governo Jefferson, que reputavam uma ameaça populista. Assim, nos dias finais de sua administração, Adams liderou as chamadas “nomeações da meia-noite”, preenchendo dezenas cargos judiciais recém-criados com aliados federalistas, incluindo a promoção do seu Secretário de Estado John Marshall a *chief justice* da Suprema Corte.

Esse movimento consolidaria a influência das elites federalistas no judiciário americano por décadas, tendo impactos profundos na sua politização e contribuindo para um contexto de acirradas divisões ideológicas e disputas institucionais. Em tal conjuntura, o julgamento do caso *Marbury vs. Madison* tornou-se um marco, ao redefinir parcialmente os limites dos poderes institucionais e ao consagrar o princípio do *judicial review*, posicionando a Suprema Corte como a “guardiã” da Constituição (Victor, 2015; Souto, 2015).

Para fortalecer a influência federalista no Judiciário, Adams sancionou o *Judiciary Act* de 1801, que reduziu de seis para cinco os assentos da Suprema Corte, obstruindo novas nomeações que ficariam a cargo do seu sucessor. A mesma Lei também criou dezenas de novos cargos de juiz em tribunais federais inferiores³⁸. Além disso, Adams emplacou uma segunda lei federal³⁹, que estabeleceu diversos juízes de paz⁴⁰ no recém-criado Distrito de Colúmbia, um dos quais seria destinado a William Marbury, um rico e influente comerciante federalista (Souto, 2015; Urofsky, 2018).

Assim, em 2 de março de 1801, já nos últimos dias do seu mandato, Adams nomeou mais de duas dezenas de juízes de paz. Essas indicações foram rapidamente confirmadas pelo Senado, já no dia seguinte, na mesma data em que o presidente em

³⁸ A justificativa para a mudança residia na intenção de extinguir a acumulação de funções pelos juízes da Suprema Corte, que também atuavam como juízes das cortes regionais (“cortes de circuito”). Essa sobreposição era fatigante e comprometia a operação do Tribunal. Os juízes eram obrigados a realizar longas e extenuantes viagens pelos rincões americanos, frequentemente em condições insalubres e por meses a fio, afastando-se de suas famílias. Essa situação foi amplamente criticada e apontada como uma das razões que levaram o eminente federalista John Jay a renunciar ao posto de primeiro *Chief Justice* da Suprema Corte, em 1795 (Souto, 2015).

³⁹ Tratou-se do *Organic Act for the District of Columbia*, como rememora Souto (2015).

⁴⁰ Naquele contexto, um juiz de paz desempenhava um papel similar a um órgão de administração local da justiça, com atribuições que, no Brasil, poderiam ser parcialmente comparadas a um misto de secretário de segurança pública e juiz de primeira instância. A sua função era típica da matriz de *common law*, cumulando responsabilidades pelo contencioso administrativo e judicial de pequenos condados. O juiz de paz era responsável por manter a ordem (a “paz”) e decidir questões de menor complexidade, sendo geralmente eleito ou nomeado pelo Executivo, sem necessidade de formação jurídica ou de estrita qualificação legal. Atualmente, nos EUA, as funções dos juízes de paz variam entre os estados, mas geralmente incluem o julgamento de pequenas infrações criminais, contravenções, infrações de trânsito, pequenos litígios civis e a celebração de casamentos, em processos mais sumários e informais (Smith, 1926).

retirada, numa corrida contra o tempo, assinou e expediu as suas cartas de investidura. Esse episódio deu origem à expressão *midnight judges*, em alusão ao afogadilho das nomeações, procedidas no apagar das luzes da gestão Adams (Souto, 2015).

No entanto, uma parte significativa desses juízes não chegou a ser empossada tempestivamente pelo então Secretário de Estado John Marshall — ele próprio um “juiz da meia-noite”, apontado a *chief justice* da Suprema Corte—. por falta de tempo hábil para completar todo o processo antes da posse de Jefferson, ocorrida em 4 de março de 1801. Entre a propositura e aprovação da lei que criou esse conjunto de cargos judiciais e a expedição das cartas de posse, transcorreram apenas dezenove dias. E, acusando a manobra, Jefferson logo sinalizou sua intenção de desconstituir seus efeitos (Souto, 2015; Victor, 2015; Urofsky, 2018).

Dessarte, uma vez empossado, o presidente Jefferson instruiu o seu Secretário de Estado e futuro sucessor presidencial James Madison a não entregar as cartas de investidura a onze juízes federalistas que ainda não haviam sido empossados, dentre os quais se incluía William Marbury. Este, irresignado, recorreu à Suprema Corte, pleiteando a posse por meio de um *writ of mandamus*⁴¹. Sua argumentação se baseou na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, uma lei sancionada ainda no governo de George Washington que estruturava o Judiciário Federal e atribuía novas competências originárias à Suprema Corte, além daquelas já previstas na Constituição de 1787 — incluindo a prerrogativa de julgar originariamente ações contra atos de agentes públicos federais (Souto, 2015; Victor, 2015; Urofsky, 2018; Schwartz, 1993; EUA, 1803).

E, nos meses seguintes à posse de Jefferson, a Suprema Corte, tomando parte no estratagema, enfrentou forte pressão. Como resposta inicial, foi aprovado o *Judiciary Act* de 1802, que revogou os novos juízos instituídos por Adams, cassando os seus titulares e colocando a Suprema Corte em recesso forçado, com a anulação do ano judiciário de 1802. Além disso, a inédita efetivação do *impeachment* do juiz federal John Pickering⁴² consolidou a ofensiva aberta ao judiciário (Souto, 2015).

Nessa escalada, com a Corte acossada, o caso *Marbury vs. Madison* só teria um desfecho em 1803, após o fim do recesso forçado. A opinião da Corte caberia ao *chief justice* John Marshall — um político experiente e parte diretamente interessada na própria

⁴¹ Trata-se de ação equivalente, no direito brasileiro, ao mandado de segurança.

⁴² John Pickering (1737-1805) se notabilizou por ser o primeiro juiz destituído do cargo por um processo de *impeachment*. Nomeado por Washington, Pickering atuava como juiz do Tribunal Federal de New Hampshire, sendo destituído em 1804, acusado de comportamentos inadequados, por supostamente proferir decisões judiciais ilegais e por sofrer de supostos problemas mentais e alcoolismo (Turner, 1949).

celeuma dos juízes da meia-noite. Marshall estruturou o acórdão de um modo inusual: no mérito, confirmou o direito de Marbury à investidura, mas, alegando óbices processuais, negou seguimento ao *mandamus*⁴³. Marshall, num julgamento incidental, declarou inconstitucional a disposição do *Judiciary Act* de 1789 — que ampliara a competência originária da Suprema Corte para conhecer de mandados de segurança —, argumentando que tal expansão de atribuições só poderia ser feita por emenda constitucional, e não pela via de legislação ordinária (Victor, 2015).

A decisão parecia paradoxal e confusa, pois, embora reconhecesse o direito subjetivo de Marbury, recusou-se a expedir um mandado que obrigasse o governo a acatá-lo. No entanto, Marshall recorreu uma estratégia processual evasiva e habilidosa, para acalmar os ânimos, declarando a incompetência da Suprema Corte para julgar o caso em sede originária. Para justificar sua conclusão, declarou inconstitucional uma disposição do *Judiciary Act* de 1789, editado sob o governo Washington, que conferia tal competência ao Tribunal, argumentando que tal Lei ampliou indevidamente a jurisdição da Corte, em alegada contrariedade com o Artigo III da Constituição (Victor, 2015).

A manobra teve o mérito de não apenas evitar a total desmoralização institucional do Tribunal — que poderia advir tanto do provável descumprimento a uma eventual ordem por parte do governo, quanto da submissão explícita às suas ameaças —, mas também de estabelecer — por via reflexa e sem confrontar abertamente o sistema político —, as bases do *judicial review*, impulsionando timidamente o que viria a ser o seu papel determinante nas décadas seguintes (Victor, 2015).

Noutros termos, o juiz Marshall, ao enfrentar um dilema político delicado, optou por anular o *Judiciary Act* de 1789 — que sequer estava em questão⁴⁴. Essa escolha estratégica evitou tanto a anulação do *Judiciary Act* de 1801, editado sob sua mentoria

⁴³ Note-se que, além de não se declarar parcial para julgar a querela, Marshall promoveu uma inversão na lógica jurisdicional convencional. Isso porque, do ponto de vista processual, o julgador deve, em primeiro lugar, afirmar sua competência para conhecer da matéria (decisão preliminar), para, somente após tal juízo positivo, avançar à análise da controvérsia de fundo (decisão de mérito). Marchese (2016) e Souto (2015) reportam que Marshall estruturou a decisão em três tópicos principais, como se pode verificar efetivamente da leitura da “opinião da Corte” (EUA, 1803): (1) se Marbury possuiria o direito subjetivo à reclamada posse; (2) se a lei lhe asseguraria algum remédio processual para garantir esse direito; e (3) se competia à Suprema Corte conhecer diretamente desta ação. Ao proferir a opinião da Corte, confirmando os dois primeiros pontos, Marshall surpreendeu os presentes na sessão, ao criar a expectativa de que também confirmaria o terceiro, declarando guerra à gestão Jefferson. Isso, no entanto, jamais ocorreu, frustrando a avidez da plateia.

⁴⁴ Aliás, nenhuma discussão sobre a legislação federal estava em questão, exceto no que concerne ao seu descumprimento. Marbury, sem atacar qualquer lei federal, limitou-se a requerer o reconhecimento do seu direito à investidura. O tema foi, portanto, trazido à baila *ex officio* pelo Tribunal, contrariando outro primado fundamental da jurisdição: o da inércia (Victor, 2015; Souto, 2015).

intelectual, quanto o confronto direto com o *Judiciary Act* de 1802, aprovado pelos jeffersonianos para reverter a aparelhagem judicial. Ao invalidar um dispositivo legal remoto de um terceiro governo — editado sob a gestão Washington (1789-1797) —, Marshall preservou alguma autoridade institucional para a Corte, ao mesmo tempo em que evitou um choque direto com o governo e a desmoralização do estratagema de emparelhamento do qual ele próprio tomara parte. Este gesto tático de autocontenção, que consistente na abdicação de uma expansão pontual da competência do Tribunal, representaria, a longo prazo, um significativo aumento de autoridade, ao firmar tacitamente a prerrogativa do Tribunal de invalidar leis e atos governamentais (Brandão, 2017).

Brandão (2017), ao analisar a conjuntura decisória do caso, adverte para a impossibilidade de se afirmar, como sua decorrência imediata, qualquer afirmação da supremacia judicial, especialmente à luz de sua conjuntura, dada a situação de vulnerabilidade e de alta pressão política a que a Suprema Corte se achava submetida. O autor também destaca a probabilidade de que o caso não tenha, em seu próprio tempo, alcançado o destaque e o simbolismo que lhe são historicamente creditados. De todo modo, por sua natureza emblemática, faz sentido reconhecer nesse julgamento o marco inicial do que seria a “primeira onda” de empoderamento judicial, por ter o mérito, em um ambiente altamente conflituoso, de ter afirmado o *judicial review*, ainda que num recuo tático.

Uma semana após decidir o caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte, ao julgar *Stuart v. Laird* (1803), ainda confirmou a constitucionalidade do *Judiciary Act* de 1802, que havia extinguido parte dos *midnight judges*. A decisão, redigida pelo juiz William Paterson, reforçou a autoridade do Congresso para reorganizar o Judiciário, numa sinalização acomodatória para a crise. Apesar disso, os republicanos ainda avançariam em sua sanha com um processo de *impeachment* contra o juiz Samuel Chase, membro da Suprema Corte e ferrenho federalista, acusando-o de conduta inadequada e de parcialidade judicial (Souto, 2015).

Chase, a despeito do decoro reclamado pelo posto, era um crítico vocal das políticas republicanas e, em alguns de seus discursos, descreveu o governo jeffersoniano como uma *mobocracy*⁴⁵. Seu *impeachment*, de qualquer modo, foi mais um recado à Suprema Corte, de que não seriam toleradas quaisquer intrusões indevidas no governo,

⁴⁵ Numa aproximação de sentido, seria o equivalente a um governo populista ou de multidões furiosas e irracionais.

não chegando, para isso, às suas últimas consequências. Destarte, embora o seu indiciamento tenha sido aprovado na Câmara, Chase foi absolvido pelo Senado, com uma estreita margem de quatro votos, após o clima político ter se acalmado com o desfecho dos casos *Marbury v. Madison* e *Stuart v. Laird* (Souto, 2015).

Assim, a despeito de sua originalidade e potencial mistificador, a decisão proferida em *Marbury v. Madison* não produziu, no século XIX, uma atuação propriamente expansiva da Suprema Corte. No Tribunal, predominou uma jurisprudência formalista, focada no exame processual de normas, alvejando prioritariamente leis estaduais, numa colaboração direta com a pretendida centralização federal, sem que a Corte Marshall (1801-1835) voltasse a invalidar qualquer outra lei federal (Marchese, 2016).

De fato, a Suprema Corte só voltaria a invalidar uma lei federal mais de meio século depois, no infame *Dred Scott v. Sandford* (1857)⁴⁶, deflagrando graves retrocessos no arranjo de contenção à escravidão nos novos territórios conquistados. O novo episódio ativista desequilibrou um delicado arranjo alinhavado pelo sistema político e acirrou tensões que acabaram se desfechando na Guerra Civil (1861-1865), exemplificando os potenciais menos “iluministas” da revisão judicial (Marchese, 2016).

A subsequente Corte Taney (1836-1864) sofreu um severo abalo em sua imagem após o caso *Dred Scott*, sendo acusada abertamente de indevido alinhamento aos interesses pró-escravatura e, por isso, entrando em rota de colisão com o governo Abraham Lincoln (1861-1865). O falecimento de Taney ainda durante a Guerra, em 1864,

⁴⁶ No episódio, Dred Scott, um escravizado que viveu no território livre de Wisconsin, ao regressar ao estado escravista do Missouri, reivindicou judicialmente a sua liberdade, com base na chamada “doutrina da livre soberania”. Essa doutrina, promovida nos anos 1840 e 1850, preconizava que os residentes dos territórios dos EUA decidiriam — através de suas assembleias territoriais ou de votações locais, descentralizando tema do Congresso — se permitiriam ou não a escravidão em suas circunscrições. Como corolário dessa doutrina, os abolicionistas defendiam que um escravizado, ao residir em um território livre, se tornaria automaticamente livre, argumento este que foi utilizado na postulação de Scott. Contudo, as leis estaduais frequente e previsivelmente colidiam a esse respeito e, com a Lei dos Escravos Fugitivos (1850), a União reforçou a recaptura de fugitivos mesmo nos territórios de estados livres, esgarçando a já frágil solução federativa. Nessa conjuntura explosiva, a Suprema Corte, sob a liderança imprudente do *chief justice* Roger B. Taney, negou o pedido de Scott, declarando que afro-americanos, por não serem nacionalmente reconhecidos como cidadãos, não teriam o direito de postular perante qualquer corte federal. Para piorar, a Corte avançou inadvertidamente para anular o Compromisso do Missouri, uma solução legal negociada em 1820, como parte do esforço para equilibrar o balanço de poder entre os estados escravistas do Sul e os estados livres do Norte. Nos termos do Compromisso, o Missouri foi admitido na União excepcionalmente como um estado escravista e o Maine, como um estado livre, mantendo-se, assim, pareada a representação no influente Senado. Além disso, a Lei instituía uma linha divisória ao Norte — na latitude 36°30' —, acima da qual a escravidão seria expressamente proibida em todos os territórios adquiridos com a Compra da Louisiana (1803), com exceção única do Missouri. O Compromisso foi crucial para apaziguar temporariamente as tensões sobre a escravidão. No entanto, o acordo foi derrubado pela decisão proferida em Dred Scott, que declarou que o Congresso não tinha autoridade para proibir a escravidão nos novos territórios, por alegada violação ao “direito de propriedade”. A decisão exacerbou as tensões e intensificou a escalada de eventos que culminariam na Guerra Civil (Simon, 2006).

permitiu, contudo, alguma acomodação no conflito, na medida em que permitiu o apontamento de Salmon P. Chase para substituí-lo (Irons, 2003).

Um abolicionista convicto e um dos arquitetos das políticas da Reconstrução, Chase promoveu um maior alinhamento da Suprema Corte à nova realidade política do pós-guerra, amortecendo a escalada entre os Poderes. Assim, com o fim da Guerra e a ratificação das Emendas da Reconstrução⁴⁷, a Corte Chase (1864-1873) endossou boa parte dos esforços da União para modernizar os estados do Sul, sem que, no entanto, o conflito fosse inteiramente superado. Para ficar em um exemplo emblemático, no caso *Ex parte Milligan* (1866)⁴⁸, o Tribunal confrontou medidas de exceção adotadas pela União durante a Guerra (Irons, 2003; Ackerman, 1993; Klarman, 2004).

Com a sucessão de Chase por Morrison Waite — apontado para o cargo de *chief justice*, em 1874, pelo governo Ulysses S. Grant (1869-1877) —, a subsequente Corte Waite (1874-1888) catapultaria o judiciário uma vez mais ao centro das disputas sobre a extensão dos direitos civis. E, mais uma vez, o Tribunal produziria uma jurisprudência altamente restritiva, que, em termos práticos, esvaziou a aplicação das Emendas da Reconstrução, reduzindo drasticamente os poderes do governo federal na promoção de políticas em prol dos direitos recém-conquistados pela comunidade afro-americana.

⁴⁷ Na Reconstrução, três emendas importantes — 13ª, 14ª e 15ª — foram adicionadas à Constituição de 1787, num ciclo que Ackerman (1998) qualifica como um dos mais fundamentais “momentos constituintes” dos EUA. Isso por ter havido um realinhamento fundamental das estruturas de poder, com uma expansão dos direitos civis e políticos, particularmente em relação aos afro-americanos. O conjunto de reformas remodelou tanto a relação entre a União e os estados quanto a do Estado com os cidadãos, avançando numa nova compreensão sobre o direito à igualdade formal. Embora reconheça que essas reformas não obedeceram ao elevado rigor formalista delineado na Constituição, Ackerman (1998) sustenta que a sua legitimidade foi compensada pelo amplo engajamento popular e por sua subsequente aceitação pelos estados rebeldes. De fato, as emendas deveriam ser propostas pelo Congresso, por uma maioria de dois terços, ou por uma convenção convocada para este fim, a pedido de dois terços dos legislativos estaduais, além de serem posteriormente ratificadas por três quartos dos estados. Ocorre que a representação dos estados do Sul foi inabilitada no Congresso, até que estes fossem formalmente reintegrados à União. Assim, a 13ª Emenda (1865), que aboliu a escravidão em todo o território nacional, foi ratificada pelos estados vencidos como uma condição inicial para a sua readmissão à União. Já a 14ª Emenda (1868), sob forte rejeição do Sul, só foi ratificada após o Congresso impor um regime de interventorias militares nos estados recalcitrantes. A medida estendeu a cidadania americana a todos os nascidos ou naturalizados nos EUA, sem exclusão dos ex-escravizados, garantindo a todos os cidadãos “igual proteção perante as leis”. Por fim, a 15ª Emenda (1870) proibiu a negativa do direito ao voto com base em “raça, cor ou condição anterior de servidão”, sendo também ratificada sob pressão, como condição para a reintegração política definitiva dos estados rebeldes.

⁴⁸ O caso *Ex parte Milligan* (1866) versou sobre a legitimidade do emprego de cortes marciais no contexto da Guerra Civil. O cidadão Lambdin P. Milligan foi preso em 1864, acusado de conspirar para libertar prisioneiros confederados e de incitar insurreições. Julgado por uma corte militar, Milligan foi condenado à morte, embora em Indiana — o estado onde residia e foi detido e julgado —, não estivesse envolvido diretamente nos combates e contasse com tribunais civis operando regularmente. A Suprema Corte, num desafio parcial ao governo federal, decidiu pela inconstitucionalidade do julgamento de civis por tribunais militares *ad hoc*, no caso de haver cortes comuns em funcionamento. Em consequência, anulou a sentença de morte e ordenou a soltura de Milligan, reforçando a preservação das liberdades fundamentais mesmo em tempos de guerra (Hartman, Mersky e Tate, 2004).

Casos emblemáticos como o *United States v. Cruikshank* (1876)⁴⁹, o *Hall v. DeCuir* (1878)⁵⁰ e o *The Civil Rights Cases* (1883)⁵¹ atestaram o engajamento implacável da Corte na obstrução da cidadania afro-americana.

Como resultado desse ativismo conservador, as Emendas da Reconstrução foram reduzidas a um enfoque estritamente economicista, de igualdade formal, promovendo os interesses do Norte industrializado no que diz respeito à integração do Sul agrário e escravocrata ao seu próspero modelo de mercado, mas bloqueando, no entanto, quaisquer esforços mais abrangentes, dirigidos à integração econômica e social dos ex-escravizados. Longe disso, o Tribunal acenou abertamente à emergência de novas e violentas formas institucionalizadas de racismo, como as *Jim Crow Laws*⁵², que promoveram a segregação racial sob a doutrina do “separados, mas iguais”⁵³, e as práticas de supressão eleitoral indireta, por meio da cobrança de taxas, de testes de alfabetização e de um conjunto multifacetado de táticas que perdurariam até a década de 1960 (Klarman, 2004; Chafe, Gavins e Korstad, 2014).

⁴⁹ Em *United States v. Cruikshank* (1876), a Suprema Corte anulou sentenças federais que condenavam supremacistas brancos envolvidos no rumoroso Massacre de Colfax (1873), em que dezenas de afro-americanos foram chacinados ao reivindicarem direitos políticos na Louisiana. A decisão estabeleceu que a 14ª Emenda protegia os cidadãos apenas contra violações cometidas por governos estaduais, e não por indivíduos ou grupos privados, bloqueando a capacidade federal de punir crimes de ódio perpetrados por milícias. A restrição transferiu, na prática, a repressão à violência racista para o âmbito das cortes estaduais, enfraquecendo uma resposta uniforme. Como resultado, a violência supremacista se intensificou no Sul, estimulada pela complacência dos governos estaduais e pelo fortalecimento de grupos extremistas emergentes, como a Ku Klux Klan (Klarman, 2004).

⁵⁰ Já em *Hall v. DeCuir* (1878), a Corte invalidou uma lei da Louisiana que proibia a segregação racial em transportes públicos interestaduais que cruzassem o seu território. O Tribunal rechaçou a interferência dos estados na regulação de empresas interestaduais, enfraquecendo a capacidade dos estados do Norte de impor leis antissegregacionistas com reflexos indiretos sobre o Sul. Recorde-se que, na ausência de regulamentos nacionais, essa estratégia estadual desempenhou um papel histórico crucial na promoção da igualdade racial a nível supraestadual (Klarman, 2004).

⁵¹ Em *The Civil Rights Cases* (1883), a Suprema Corte declarou inconstitucional a Lei dos Direitos Civis de 1875, que proibia a discriminação racial em espaços públicos e privados, como hotéis, teatros e transportes. A Corte argumentou que o governo federal não detinha competência para intervir em atos de discriminação praticados por particulares, endossando a segregação racial nos estados do Sul e contribuindo para a sua posterior institucionalização, por meio da proliferação das chamadas Leis de Jim Crow (Klarman, 2004).

⁵² O emprego da expressão para denominar práticas segregacionistas tem origem no personagem racista criado por Thomas Dartmouth Rice, um ator branco que, na década de 1830, se apresentava em espetáculos com o rosto pintado de preto (*blackface*), numa representação estereotipada e pejorativa de afro-americanos. Com o tempo, a expressão passou a ser utilizada genericamente para descrever leis e práticas que impunham a segregação racial e discriminavam negros, especialmente no pós-Reconstrução, em domínios como a educação, o transporte público e o acesso efetivo ao voto (Brown e Stentiford, 2008).

⁵³ O Tribunal sustentou sua decisão a partir de uma interpretação muito “peculiar” da *equal protection clause*, constante da 14ª Emenda. Essa visão foi sucessivamente reafirmada em sua jurisprudência, em casos como o emblemático *Plessy v. Ferguson* (1896), só sendo definitivamente superada a partir do caso *Brown v. Board of Education* (1954), que, finalmente, declarou a segregação inconstitucional, numa ressignificação mais apropriada da mesma cláusula de igualdade (Souto, 2015).

E foi na esteira desse ideário economicista e supremacista, reafirmando a sacralidade do direito de propriedade — primeiro para derrubar travas federais à expansão da escravidão, em *Dred Scott v. Sandford* (1857), na Corte Taney (1836-1864), e, mais tarde, para reafirmar a liberdade corporativa para segregar racialmente a população, em casos como *The Civil Rights Cases* (1883), da Corte Waite (1874-1888), ou o famoso *Plessy v. Ferguson* (1896)⁵⁴, da Corte Fuller (1888-1910)⁵⁵ —, que o Tribunal encontrou a janela de oportunidade perfeita para consolidar o seu crescente ativismo reacionário, sinalizando todo o seu potencial para resguardar interesses de mercado, numa dinâmica antipopular que experimentaria seu apogeu da chamada Era Lochner (1897-1937)⁵⁶ (Klarman, 2004).

A Era Lochner⁵⁷ divisou um ciclo de poderoso ativismo conservador da Suprema Corte, que se pautou por um discurso fortemente proselitista, em defesa das liberdades negativas. Em sua jurisprudência, o Tribunal se opôs abertamente à emergente legislação social e regulatória, requeridas pelo próprio ciclo histórico de modernização industrial dos EUA, marchando na contramão do declínio global da ideologia do *laissez-faire*. Nessa conjuntura, a Corte, quando demandada pelo patronato, agiu para invalidar sistematicamente leis e atos governamentais destinados a impor limitações às atividades econômicas, a pretexto de afirmar a “livre-iniciativa”, que seria um consectário lógico da cláusula do “devido processo legal” da 14ª Emenda⁵⁸ (Fiss, 1993; Siegel, 1984).

⁵⁴ O caso envolveu a contestação feita, em 1892, por Homer Plessy, um homem pardo de pele clara, contra o *Separate Car Act*, da Louisiana, que impunha acomodações racialmente segregadas nas companhias de transportes. Passando-se por branco, Plessy, adquiriu um bilhete para um vagão exclusivo, mas, após queixas de viajantes, foi instado a se retirar e, recusando a ordem, foi preso. Julgado pelo juiz John H. Ferguson, Plessy recebeu uma multa civil e, irresignado, recorreu contra a medida à Suprema Corte, arguindo violação à cláusula de igualdade da 14ª Emenda. A Corte, no entanto, rejeitou o pedido, confirmando a constitucionalidade da segregação racial, desde que as acomodações fossem “separadas, mas iguais” (*separate but equal*). A decisão reafirmou uma vez mais o caminho para a institucionalização da segregação racial nos EUA (Hartman, Mersky e Tate, 2004; Klarman, 2004).

⁵⁵ Melville Fuller chefiou a Suprema Corte após ser apontado para o posto pelo presidente Grover Cleveland, em 1888, servindo no *bench* até sua morte, em 1910 (Irons, 2003).

⁵⁶ Sobre essa gradual metamorfose, confira-se a leitura conjugada de Klarman (2004), Fiss (1993), Moro (2002) e Siegel (1984).

⁵⁷ A Era Lochner compreende o período que vai do caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897) até o *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), passando pelo emblemático *Lochner v. New York* (1905), que lhe rendeu a denominação. Assim, tal janela de ativismo conservador incluiu a Corte Fuller (1888-1910) e as Cortes White (1910-1921) e Taft (1921-1930), além da Corte Hughes (1930-1941) em quase toda a sua extensão (Irons, 2003; Siegel, 1984; Schwartz, 1993; Gillman, 1993).

⁵⁸ Recorde que, a despeito dessa resignificação oportunista promovida pelo Tribunal, a 14ª Emenda compôs o pacote das “Emendas da Reconstrução”, no pós-Guerra Civil, tendo sido concebida com vistas à afirmação da igualdade formal e ao reconhecimento da cidadania dos afro-americanos (Klarman, 2004).

O período foi assim nomeado em alusão ao caso *Lochner v. New York* (1905)⁵⁹, por meio do qual a Suprema Corte — instada por Joseph Lochner, proprietário da *Lochner's Home Bakery*, que contestava uma multa trabalhista — invalidou o *Bakeshop Act* (1895), uma lei do estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a 10 horas diárias e 60 horas semanais. A Corte argumentou que a norma interferia indevidamente na liberdade contratual de empregadores e empregados, contrariando o devido processo legal. Outros precedentes ilustrativos do período foram os casos *Adkins v. Children's Hospital* (1923) e *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo* (1936), em que o Tribunal, sob o mesmo fundamento, derrubou pisos salariais fixados por leis estaduais para proteger mulheres e crianças. Tais leis, em linha com os esforços internacionais, buscavam impedir que a particular vulnerabilidade desses grupos fosse indevidamente explorada pelo setor produtivo (Fiss, 1993; Siegel, 1984).

Este ativismo conservador, pautado pela defesa intransigente da propriedade privada e da liberdade contratual, dominou o ideário político das elites de então, conferindo ao judiciário americano um papel destacado de guardião da livre iniciativa. Essa abordagem, no entanto, estreitou a alegada missão de curador das minorias e da Constituição, negligenciando qualquer consideração mais elevada quanto ao conjunto das demais liberdades fundamentais. Em todo caso, a Corte Lochner foi um produto direto do seu tempo, desenvolvendo-se especialmente nos trilhos eufóricos da chamada “Era Dourada”, marcada por um crescimento exponencial da economia americana e pelo surgimento de grandes e poderosos oligopólios, que, não raro, emplacavam aliados na magistratura. Essa espiral só sofreria uma inflexão com o *Crash* de 1929, que impôs o golpe final à recalcitrante ideologia do *laissez-faire* (Campos, 2016).

A despeito da gravidade da crise, a doutrina Lochner seguiu relutando, frustrando os esforços iniciais do pacote reformista que ficaria conhecido como o *New Deal*, capitaneado pelo governo de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945). A Suprema Corte — incapaz de se ajustar à nova e delicada conjuntura, que reclamava sensível intervencionismo estatal —, posicionou-se como um *veto player* crítico quanto aos esforços de estabilização econômica e, por isso, experimentou uma onda de crescente

⁵⁹ Recorde-se, porém, que o marco inaugural da Era Lochner é classicamente atribuído ao caso *E. Allgeyer & Co. v. Louisiana* (1897). Foi a partir deste precedente, de fato, que a Suprema Corte introduziu a sua nova jurisprudência, que inscrevia a liberdade contratual como extensão da cláusula do devido processo da 14ª Emenda. No episódio, o Tribunal anulou uma lei da Louisiana que restringia, em seu território, contratos com seguradoras estrangeiras sem a intermediação de um agente credenciado em sua circunscrição, atendendo à contestação da companhia *E. Allgeyer & Co.*, multada por firmar um contrato com uma seguradora de Nova Iorque descumprindo tal exigência (Gillman, 1993).

impopularidade, isolando-se perigosamente do sistema político americano (Schwartz, 1993).

Com forte base popular e respaldo do Congresso, não tardou para que F. Roosevelt liderasse a reação⁶⁰. De fato, já no início do segundo mandato, o governo apresentou um projeto de lei de reforma dos procedimentos judiciais — o *The Judicial Procedures Reform Bill of 1937* —, que ficou midiaticamente conhecido como o “Plano de Empacotamento⁶¹ da Corte” (*court-packing plan*). A medida reformava a composição de todos os tribunais federais, incluindo a Suprema Corte, além de facultar ao presidente da República nomear um juiz adicional para cada corte que contasse com membro com idade superior a 70 anos, até o limite de seis novas cadeiras, para balancear sua composição e incentivar o jubramento de juízes hostis, já que, naquele país, inexistia aposentadoria compulsória por idade⁶².

Essa “PEC da Bengala⁶³” às avessas, embora tenha sido aprovada na Câmara, ao que tudo indica, sob a ótica do governo, não avançaria às suas últimas consequências. A pretensão de Roosevelt era mais de enviar um sinal contundente ao Tribunal, no sentido de que o sistema político não mais seguiria tolerando o seu intervencionismo nos esforços

⁶⁰ Foi nesse contexto conturbado, aliás, que a locução “ativismo judicial” se popularizou. A sua disseminação é amplamente atribuída a Arthur Schlesinger Jr., um jornalista liberal, sem formação jurídica, que a empregou em um de seus artigos na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, intitulado “*The Supreme Court: 1947*”. Seu artigo explorava as divisões na Suprema Corte a respeito do papel do judiciário na democracia, em meio ao sucesso crescente das políticas do *New Deal*. Schlesinger Jr. (1947) classificava os juízes como “ativistas”, “autocontidos” e um grupo intermediário, que chamou de “moderados”. Escrevendo para um veículo pró-mercado, o autor não deixou de revelar sua simpatia pelo *laissez-faire* dos “ativistas”, reconhecendo, no entanto, os riscos inerentes à exacerbação dessa prática. Schlesinger Jr. (1947) sustentou que, pela complexidade própria do *common law* americano, mesmo os juízes ditos “autocontidos” poderiam dissimular suas inclinações ideológicas por meio de uma “gincana legal” argumentativa. Kmiec (2004) destaca que a originalidade de Schlesinger Jr. repousa em sua abordagem sistemática e precoce dos eixos que ainda hoje tematizam o debate sobre o ativismo e a autocontenção judicial, como a relação entre agentes políticos eleitos e juízes não eleitos, a supremacia do parlamento *versus* a da constituição, e o papel das cortes como garantidoras das liberdades.

⁶¹ O termo “empacotamento” (*packing*) tem origens no verbo *to pack*, alusivo à ação de acondicionar, de forma compacta, num embrulho ou sacola, o máximo possível de itens. Assim, a expressão *court-packing* foi cunhada para descrever, na imprensa, de forma pejorativa, a ação de adicionar juízes extras à Suprema Corte, de forma a influenciar suas decisões. A expressão sugere, desse modo, uma manipulação deliberada para “encher” ou “lotar” o Tribunal com mais juízes que o necessário, fabricando uma maioria automática capaz de endossar as políticas de Roosevelt (Kalman, 2022; Shesol, 2011).

⁶² Nos EUA, os juízes possuem mandatos efetivamente vitalícios, podendo, caso não sofram um *impeachment*, seguir no posto até sua morte. No Brasil, por outro lado — por força dos art. 40, §1º, II, da Constituição de 1988, em conjunto com o art.100 do seu ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015 (“PEC da Bengala”) — todos os magistrados são compulsoriamente aposentados ao alcançarem 75 anos de idade (EUA, 1787; Brasil, 1988).

⁶³ A alusão, aqui, busca traçar um paralelo com o esforço oposto vivenciado no Brasil, quando os parlamentares buscaram, em articulação com o judiciário, reduzir a influência do governo sobre o STF. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015, elevou de 70 para 75 anos a idade de aposentadoria compulsória, buscando impedir que a presidenta Dilma Rousseff nomeasse, no curso do seu turbulento segundo mandato, quatro novos juízes para o STF (Brasil, 2015).

de recuperação econômica. Tanto é assim que, embora houvesse uma clara maioria governista no Senado, a medida acabou arquivada, em 1937, logo após a Corte contrassinalizar a deferência requerida, passando a confirmar medidas alinhadas ao *New Deal*, a despeito da similaridade que guardavam com outras que foram, meses antes, derrubadas (Schwartz, 1993).

E essa trégua pretoriana veio no caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, julgado em 1937. No episódio, a camareira Elsie Parrish, empregada no West Coast Hotel, em Wenatchee, processou o seu empregador por não receber o salário-mínimo estabelecido pela legislação do estado de Washington. O caso orbitava em torno da velha doutrina *Lochner*: a regulação social viola a liberdade de contrato entre empregador e empregado, supostamente protegida pela cláusula de devido processo da 14ª Emenda? Dessa vez, em uma guinada significativa, a Suprema Corte, liderada por Charles Evans Hughes⁶⁴, decidiu a favor de Parrish. Ao endossar o piso salarial, a decisão marcou uma inflexão na jurisprudência dominante, dando início a uma longa janela de autocontenção judicial e de deferência às regulações estatais que buscavam promover políticas de bem-estar social, nos esforços de recuperação pós-Grande Depressão⁶⁵. O julgamento marcou, assim, o ponto final da Era *Lochner* (Hartman, Mersky e Tate, 2004).

A partir de então, a nova jurisprudência seria baseada numa lógica de “escrutínio mínimo” (*minimal scrutiny*) ou de “revisão de base racional” (*rational basis review*): bastaria uma justificativa racional para que se legitimasse a intervenção estatal no domínio da livre iniciativa, reforçando uma postura judicial forçosamente autocontida. Essa doutrina teve o seu pontapé inicial a partir do emblemático *United States v. Carolene Products Company*, julgado em 1938. No episódio, a Suprema Corte confirmou a constitucionalidade do *Filled Milk Act*, uma lei federal que proibia o comércio interestadual de compostos lácteos — um derivado de laticínios em que a gordura natural é substituída pela vegetal. Para o Tribunal, o Congresso tinha fundamentos racionais para sustentar que o leite composto seria prejudicial à saúde pública, justificando tal proibição em socorro dos consumidores (EUA, 1938; Hartman, Mersky e Tate, 2004).

⁶⁴ Hughes foi apontado *chief justice* pelo presidente Herbert Hoover, em 1930, servindo no posto até a sua aposentadoria, em 1941. A Corte Hughes (1930-1941) protagonizou, assim, a fase final e politicamente mais conflitiva da Era *Lochner* (Irons, 2003).

⁶⁵ Polanyi (2021) aponta, no *New Deal*, uma diretriz de política social fundamental para reverter o colapso causado pelas políticas de *laissez-faire* e pelas graves externalidades do padrão-ouro, cujo colapso produziu, em sua leitura, as duas Grandes Guerras e a Grande Depressão. Em sua interpretação, os países que não foram capazes de responder a essas demandas sociais saneadoras, sistematicamente bloqueadas pela ortodoxia liberal, acabaram se desintegrando em choques totalitários, como o nazifascismo.

O caso *Carolene Products* também se notabilizou pela famosa “Nota de Rodapé nº 4”, que atualizaria decisivamente o futuro do dirigismo judicial, que passaria a se legitimar a partir de um novo discurso, muito mais popular que a panfletagem economicista da Era Lochner: a defesa de minorias politicamente marginalizadas. Redigida pelo juiz Harlan Fiske Stone, a Nota nº 4 consignou que “o preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição particular, que tende a restringir seriamente a sua participação por meio dos processos políticos normalmente confiáveis”, referindo-se às instituições eleitas. Assim, excepcionando a nova regra geral de “escrutínio mínimo” (*minimal scrutiny*), estes casos de sub-representação poderiam reclamar, excepcionalmente, “um exame judicial correspondente mais rigoroso” (*strict scrutiny*) por parte da Suprema Corte (EUA, 1938, em tradução livre; Hartman, Mersky e Tate, 2004).

O juiz Stone foi, em seguida, promovido a *chief justice* pela gestão Roosevelt (1933-1945), mas, mesmo à frente da *New Deal Court* (1941-1946), a despeito do que afirmara sobre as minorias, continuou perfilando a jurisprudência cooperativa e de autocontenção requerida pela conjuntura, endossando sistematicamente o avanço da regulação estatal e da legislação social. Sucedido no posto por Fred M. Vinson, apontado pelo governo Harry S. Truman (1945-1953), a Corte Vinson (1946-1953) deu continuidade a esse ciclo judicial de maior discricção, igualmente esquivando-se de embates com o sistema político (Irons, 2003).

Mas a Nota nº 4 ainda mostraria todo o seu potencial na Corte Warren (1953-1969), que granjeou um novo e promissor ciclo de ativismo judicial. Essa retomada ativista, de fato, influenciou decisivamente o nascente pensamento neoconstitucional, dando ao antes intragável dirigismo judicial da Era Lochner uma nova e empolgante roupagem: de protetor do patronato, o Tribunal poderia vestir a roupagem populista de protetor dos “vulneráveis”. E, de fato, casos emblemáticos, como *Brown v. Board of*

Education of Topeka (1954)⁶⁶, *Miranda v. Arizona* (1966)⁶⁷, *Loving v. Virginia* (1967)⁶⁸ e *Gideon v. Wainwright* (1963)⁶⁹, pareciam redimir o Tribunal de sua anterior e desastrosa jurisprudência supremacista, pró-segregação e excessivamente comprometida com a defesa do livre mercado (Urofsky, 2001; Irons, 2003).

Earl Warren foi nomeado *chief justice* pelo governo Dwight Eisenhower (1953-1961), assumindo o cargo em 1953, após a morte de Vinson. Sendo um republicano experiente e moderado, que já havia governado a Califórnia, esperava-se, com a sua indicação, certa continuidade no padrão de autocontenção judicial verificado até então. No entanto, por seu protagonismo progressista, o próprio Eisenhower referiu-se à nomeação de Warren como “um dos seus maiores erros políticos”⁷⁰ (Urofsky, 2001; Irons, 2003).

Por sua postura assertiva na dessegregação, o ativismo da Corte Warren (1953-1969) foi repudiado pelos conservadores e celebrado por progressistas, deixando um impacto duradouro na política americana, que reverbera até os dias de hoje. Insulado dos republicanos que o apontaram, coube a Warren buscar uma aproximação com os

⁶⁶ No célebre *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) — um marco na luta pelos direitos civis — a Suprema Corte, após décadas de endosso às políticas de Jim Crow, declarou a inaplicabilidade da doutrina do “separados mas iguais” no âmbito educacional. No episódio, Oliver Brown contestou a política educacional de Topeka, no Kansas, que obrigava a sua filha Linda Brown a fazer longos deslocamentos diários para uma escola para negros, a despeito de haver uma escola reservada a brancos em sua vizinhança. Argumentou-se que tal política violaria a cláusula de “proteção igual” da 14ª Emenda, além de perpetuar sentimentos de inferioridade entre as crianças negras, prejudicando seriamente o seu desenvolvimento educacional e pessoal (Hartman, Mersky e Tate, 2004).

⁶⁷ Neste precedente, a Suprema Corte estabeleceu ser ilegal a prisão na qual a autoridade policial não informe ao detido suspeito, durante os interrogatórios, o seu direito ao silêncio e à assistência por um advogado. A decisão reforçou a proteção contra a autoincriminação, para prevenir a obtenção coercitiva ou fraudulenta de confissões, especialmente entre segmentos hipossuficientes (Hartman, Mersky e Tate, 2004).

⁶⁸ No episódio, Richard Loving — um homem branco —, e Mildred Jeter — uma mulher de ascendência afro-americana e indígena —, após se casarem no Distrito de Columbia, em 1958, foram presos, logo que retornaram à Virgínia, onde residiam. O casal foi acusado de violação às leis estaduais anti-miscigenação, sendo condenado a um ano de prisão, com direito a suspensão de penalidade, caso deixassem o estado. Irresignados, os Lovings recorreram à Suprema Corte, que declarou inconstitucional a vedação de casamentos interracialis, por ofensa à cláusula de “igual proteção” da 14ª Emenda (Hartman, Mersky e Tate, 2004).

⁶⁹ O caso surgiu a partir da condenação de Earl Gideon, preso por roubo, em 1961, no estado da Flórida. Não dispondo de recursos para contratar um advogado, Gideon solicitou a assistência de um defensor público, mas o seu pedido foi judicialmente negado, sob o argumento de que a legislação estadual só previa tal benefício em crimes puníveis com a morte. Sem defesa técnica, o réu foi sentenciado a cinco anos de prisão e, da cadeia, endereçou uma petição escrita à mão à Suprema Corte, alegando que a negativa de assistência legal violaria a 6ª Emenda, que garante o direito a um advogado a todos os acusados em processos criminais. Em resposta ao apelo, o Tribunal anulou a sentença, decidindo ser obrigação do poder público custear a defesa jurídica de réus criminais hipossuficientes, ampliando o acesso à justiça e ao devido processo legal substantivo (Hartman, Mersky e Tate, 2004).

⁷⁰ No campo racial, por exemplo, a gestão Eisenhower, embora tenha adotado medidas relevantes rumo à dessegregação, como a promoção da integração racial nas Forças Armadas e a adoção da Lei dos Direitos Civis de 1957, perfilava uma abordagem mais gradualista e ambivalente que a Corte Warren (Urofsky, 2001).

democratas. E, como resultado de sua jurisprudência liberal, a Suprema Corte acabou contribuindo para um realinhamento fundamental nos estados conservadores do Sul — antes tradicionalmente democratas, por lealdade às políticas trabalhistas do *New Deal* —, que se afastaram dessa afiliação, num rechaço ao progressismo cosmopolita, aproximando-se de forma duradoura dos republicanos (Urofsky, 2001).

Desgastado por certo esgotamento das políticas judiciais de dessegregação, que, esbarrando em limitações nas capacidades institucionais próprias do Tribunal, foram sendo progressivamente abandonadas⁷¹, Earl Warren sinalizou a intenção de se aposentar em 1968, nos anos finais do governo democrata de Lyndon B. Johnson (1963-1969). Johnson buscou, então, emplacar o juiz Abe Fortas em seu lugar. A indicação, no entanto, enfrentou forte resistência no Senado, malogrando a confirmação necessária. A oposição ao nome de Fortas — que aliançou republicanos e democratas sulistas — refletiu fundamentalmente a hostilidade ao ativismo liberal da Corte Warren, e, com a vitória do republicano Richard Nixon nas eleições de 1968, a decisão acabou postergada para o novo gabinete (Schwartz, 1998; Irons, 2003).

⁷¹ Rosenberg (2018), analisando as políticas judiciais de dessegregação pós-Brown (1954), embora reconheça a importância histórica e simbólica da decisão, pontua que mudanças mais substanciais e concretas nesta frente foram lentas e altamente dependentes do sistema político. Na prática, sem uma maior interlocução com o sistema político, que optou por avançar na dessegregação de forma mais gradualista e negociada, o impulso judicial reformista acabou arrefecendo e galvanizando contramobilizações, ao se defrontar com os desafios impostos pela sociedade e seu contexto político. Após a decisão inicial do caso Brown, em 1954, que reconheceu a ilegitimidade da segregação racial formal, o Tribunal seguiu enfrentando resistência significativa, especialmente nos estados do Sul, mas não apenas. A Corte emitiu, então, a decisão *Brown II*, em 1955, ordenando ao sistema político a dessegregação “com todos os esforços possíveis”. No entanto, esta ordem vaga e aspiracional não impediu que os distritos escolares recalcitrantes retardassem, por vias indiretas, a implementação da ordem. Foi, contudo, nas impopulares políticas de *busing* — que buscavam balancear racialmente as escolas por meio do transporte escolar forçado de estudantes entre distritos altamente segregados — que o judiciário esbarrou mais claramente nos limites próprios de suas capacidades institucionais. Endossadas em precedentes históricos, como *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971), essas políticas enfrentaram forte oposição social, inclusive nas comunidades afro-americanas, por limitar o poder de escolha dos pais quanto às escolas dos filhos. E, embora contasse com o suporte ativo do movimento negro organizado — que consideravam tais políticas essenciais na superação de barreiras estruturais e materiais, após a queda das barreiras formais —, a alta rejeição popular e os resultados ambivalentes esfriaram o entusiasmo judicial pelo *busing*. Evidência disso é que decisões subsequentes, como *Milliken v. Bradley* (1974), estabeleceram limites mais restritivos sobre a extensão dos esforços judiciais no campo da dessegregação, que passariam a depender de prova inequívoca da intenção segregacionista. Rosenberg (2018), portanto, é cético quanto aos potenciais da judicialização na promoção de reformas sociais abrangentes, classificando-a como uma “esperança oca”. Sem poderes de implementação e de formulação de políticas complexas, os tribunais dependem de vários ramos governamentais e partes interessadas para efetivar suas decisões, que são frequentemente genéricas e baseadas em meras injunções e diretrizes. E, de fato, as mudanças mais substanciais nesse campo só ocorreriam com o aumento do engajamento da sociedade e, por conseguinte, do próprio sistema político, especialmente após a aprovação da Lei dos Direitos Cívicos de 1964 e da Lei dos Direitos de Voto de 1965, que promoveram políticas mais articuladas e robustas no enfrentamento à segregação racial. Essa longa trajetória dos esforços ilustra a complexidade do papel dos tribunais na promoção de reformas sociais profundas e os desafios de sustentar essas mudanças no tempo, dada a presença de estruturas sociais que desbordam os limites estreitos de um simples processo judicial.

De fato, o protagonismo liberal do Tribunal coesionou a reação conservadora e pautou parte relevante da *Southern Strategy*⁷² perfilada pelo Partido Republicano sob a liderança de Nixon. Assim, em 1969, a aposentadoria de Warren tornou-se um fato consumado, permitindo que a gestão Nixon (1969-1974) apontasse, para o seu lugar, o juiz federal Warren E. Burger, cuja experiência prévia na magistratura sinalizava uma inclinação interpretativa mais conservadora e “originalista” da Constituição (Schwartz, 1998; Irons, 2003).

As expectativas de uma retomada do padrão de autocontenção foram, contudo, frustradas pela Corte Burger (1969-1986), que seguiu adotando um perfil ativista similar ao de sua predecessora. Houve, no entanto, uma ruptura relevante: se o apelo progressista da Corte Warren foi inicialmente vital para legitimar a sua retomada ativista, após um marcante ciclo de recuo judicial, a Corte Burger optou abertamente por se desengajar das complexas e explosivas políticas de redistribuição social, adotando uma abordagem mais claramente alinhada às liberdades negativas e às nascentes políticas de reconhecimento. Seu novo discurso judicial seguiria, portanto, mais ativista que nunca, mas com um forte apelo individualista, meritocrático e refratário à intervenção estatal, nas pegadas do emergente discurso neoliberal (Graetz e Greenhouse, 2016).

Para ilustrar esse “ativismo negativista”, em casos como *EUA v. Nixon* (1974) e *Lemon v. Kurtzman* (1971), o Tribunal impôs limites relevantes ao sistema político, restringindo as prerrogativas presidenciais e fortalecendo a separação entre religião e Estado. Em *Miller v. California* (1973) e no sísmico *Roe v. Wade* (1973), a Corte reforçou sua postura liberal no campo dos costumes, autorizando a circulação de materiais pornográficos, como desiderato da liberdade de expressão, e legalizando o aborto, como desdobramento do direito à privacidade. Por fim, em julgamentos como *Bakke v. Regents of the University of California* (1978) e *Milliken v. Bradley* (1974), a Corte retirou-se do campo minado dos esforços antidiscriminação, proibindo as cotas universitárias baseadas

⁷² Num esforço de superar as políticas keynesianas, a “Estratégia Sulista” foi implementada pelos republicanos de Nixon, buscando atrair os eleitores brancos do Sul, que tradicionalmente se afiliavam ao Partido Democrata em razão do *New Deal*, pavimentando o caminho rumo à subsequente guinada neoliberal, nos governos Carter e Reagan. Falando aos descontentes com a nascente desindustrialização, polarizando velhos e novos ressentimentos raciais e galvanizando uma retórica de “lei e ordem”, os republicanos articularam uma disputa prioritariamente focada em aspectos culturais, apelando a velhas hierarquias de raça, crença religiosa e gênero. De tão eficaz, essa estratégia consagrou a vitória de Nixon, permitindo-lhe soterrar o arranjo de Bretton-Woods, com o abandono do sistema dólar-ouro. Além disso, a estratégia reprogramou profundamente o mapa eleitoral dos EUA, assentando as bases dos ciclos políticos que perduram até os dias de hoje, de alternância entre o neoliberalismo de verniz progressista e a sua contrarrazão mais explicitamente nativista e reacionária (Maxwell e Todd, 2019; Fraser, 2020).

exclusivamente em raça e neutralizando as impopulares políticas de *busing* (Graetz e Greenhouse, 2016; Schwartz, 1998).

E, com o arrefecimento das políticas antissegregação, o caso *Roe v. Wade* (1973) tornou-se o principal pivô da reação conservadora culturalista, selando uma aliança estratégica entre católicos e evangélicos neopentecostais na oposição ao ativismo liberal. E, seguindo o exemplo de Nixon, as campanhas presidenciais de Ronald Reagan (1980 e 1984) e George H.W. Bush (1988) voltaram a fazer da Suprema Corte uma das principais pautas de mobilização do eleitorado conservador, agora amplamente convertido ao Partido Republicano (Post e Siegel, 2006; Hollis-Brusky, 2015; Maxwell e Todd, 2019).

Como o rosto mais notório dessa “Revolução Conservadora”, Reagan atacou tanto o ativismo social da Corte Warren quanto o ativismo liberal da Corte Burger, prometendo apontar juízes que formassem uma “coalizão” judicial para derrubar o aborto, reforçando a cortina de fumaça dos costumes, enquanto alavancava a financeirização e a desindustrialização dos EUA. Essa articulação contribuiu para a reemergência do chamado “movimento originalista”, cuja retórica conservadora rejeita atualizações expansivas da Constituição de 1787, advogando uma leitura textualista e parcimoniosa de suas cláusulas, em conformidade com seu alegado “sentido original e histórico” (Post e Siegel, 2006; Hollis-Brusky, 2015).

Nos EUA, a principal organização representante dessa corrente foi a *Federalist Society*, um *think tank* neoliberal fundado em 1982, congregando acadêmicos, políticos e juristas conservadores, com o objetivo de desafiar a hegemonia liberal-progressista das faculdades de direito e disputar mais abertamente os rumos da politização do judiciário. O originalismo, enquanto um discurso que, na superfície, enfoca questões de hermenêutica jurídica, comporta uma ambivalência notável, não podendo ser grosseiramente confundido com um simples retorno passadista ou um governo dos “mortos” — os “Pais Fundadores” — sobre os “vivos” — a sociedade americana contemporânea (Post e Siegel, 2006; Hollis-Brusky, 2015).

Longe disso. A despeito da retórica apaixonada dos seus defensores mais vocais, que atacavam o ativismo progressista e pregavam efusivamente a autocontenção judicial, na prática, o originalismo galvanizou um novo tipo de ativismo. Sob o pretexto de retomar um suposto “sentido original”, o movimento buscou reorientar a atuação judicial em prol de interesses econômicos, favorecendo as políticas do “novo liberalismo” e as demandas corporativas do poder econômico, numa linguagem individualista e hostil a políticas redistributivas. Portanto, longe de apregoar uma retirada política dos juízes, o

originalismo encapsulou uma reorientação do seu ativismo, camuflando, no textualismo e na historicidade constitucional, uma clara agenda anti-regulatória, pró-mercado, hierárquica e autoritária (Post e Siegel, 2006; Hollis-Brusky, 2015).

Assim, cumprindo a sua promessa de campanha, em 1986, a gestão Reagan (1981-1988) promoveu William Rehnquist — que, indicado por Nixon, já integrava a Suprema Corte, como membro regular — ao cargo de *chief justice*. Reagan ainda nomeou figuras de destaque do campo conservador e originalista, para consolidar a guinada ideológica do Tribunal: Sandra Day O'Connor — a primeira mulher a integrar a Corte, em 1981 —, Antonin Scalia, em 1986, e Anthony Kennedy, em 1988 (Post e Siegel, 2006; Hollis-Brusky, 2015).

A subsequente gestão George H.W. Bush (1989-1993) — que fez do aumento da violência o tema central de sua campanha vitoriosa de “lei e ordem”, associando a criminalidade à suposta leniência do discurso dos direitos — acrescentou mais um nome de peso à conservadora Corte Rehnquist (1986-2005), ao designar, em 1991, o juiz afro-americano Clarence Thomas. Expoente do originalismo ultraconservador, Thomas sucedeu o juiz Thurgood Marshall (1908-1993), primeiro membro negro da Suprema Corte e um dos principais nomes do movimento dos direitos civis (Post e Siegel, 2006; Hollis-Brusky, 2015).

Como esperado, a jurisprudência da Corte Rehnquist (1986-2005) foi marcada pela retomada de um ativismo de perfil abertamente conservador, seletivo e alinhando aos valores da racionalidade neoliberal. Para ficar em alguns exemplos, no plano político, o seu caso de maior impacto foi o célebre *Bush v. Gore* (2000), no qual a Suprema Corte ordenou o encerramento da recontagem de votos na Flórida durante a disputada e controversa eleição presidencial daquele ano. Como desdobramentos diretos, a decisão garantiu a vitória do republicano George W. Bush e consolidou um antes impensável protagonismo judicial, que chegaria às raias de definir disputas eleitorais de grande escala (Schroeder, 2006; Bradley, 2001).

Já no plano social mais abrangente, no rumoroso *United States v. Lopez* (1995), a Suprema Corte invalidou o *Gun-Free School Zones Act* (1990), argumentando que o Congresso excedeu sua autoridade ao tentar regular a posse de armas em áreas escolares. Em *United States v. Morrison* (2000), o Tribunal vetou partes do *Violence Against Women Act* (1994), impedindo que vítimas de violência de gênero processassem seus agressores em cortes federais. A decisão, ao reforçar a jurisdição estadual, restringiu a possibilidade

de uma política nacional uniforme e coordenada de combate a crimes de gênero (Schroeder, 2006; Goldscheid, 2000).

Além disso, em *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (1995), o Tribunal determinou que as políticas afirmativas — que já não podiam ter na raça o seu único critério — deveriam, caso conjugassem algum filtro racial, se sujeitar um escrutínio judicial mais rigoroso, obstaculizando ainda mais a implementação dessas medidas. Já em *Zelman v. Simmons-Harris* (2002), o Tribunal validou programas de *vouchers* educacionais, permitindo que fundos públicos fossem usados para custear mensalidades em escolas religiosas privadas, enfraquecendo o sistema público e laico de educação básica (Devins, 1995; Norris, 2004).

Por fim, no plano econômico, destacaram-se precedentes como *BMW Inc. v. Gore* (1996) e *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* (2003), em que a Corte limitou os valores de multas punitivas aplicadas a grandes companhias condenadas por práticas comerciais enganosas ou abusivas contra os consumidores, argumentando pelo suposto excesso dessas penalidades. Já em *Air Line Pilots Ass'n v. Miller* (1998), o Tribunal proibiu a cobrança compulsória de taxas sindicais sem o consentimento explícito dos trabalhadores, enfraquecendo ainda mais os sindicatos e fortalecendo as políticas de *right-to-work*, que vedavam a exigência de filiação sindical como condição para o exercício de certos empregos, reduzindo o poder de barganha dos trabalhadores nas negociações coletivas (Schroeder, 2006; Miller, Meises e Marcus, 2007).

Dando prosseguimento ao ativismo conservador de Rehnquist, com o seu falecimento, John G. Roberts foi apontado *chief justice* pela gestão republicana George W. Bush (2001-2008), em 2005. Antes disso, Roberts já havia sido apontado pelo próprio Bush para o posto de juiz da Corte de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia, em 2003, e atuado como Procurador-Geral Adjunto da gestão Reagan. Inicialmente, Roberts imprimiu uma postura mais moderada ao seu mandato, alternando, com seu voto decisivo, alinhamentos ora com juízes conservadores ora com liberais, produzindo uma jurisprudência ambivalente, marcada por avanços e recuos. No entanto, após o primeiro mandato da gestão Donald Trump (2017-2020) emplacar três novos juízes conservadores — Neil Gorsuch (2017), Brett Kavanaugh (2018) e Amy Coney Barrett (2020) —, desbalanceado seriamente o equilíbrio anterior, a Corte Roberts assumiu abertamente a sua feição ultraconservadora, capitaneando retrocessos sensíveis (Waldman, 2023).

No campo econômico, em *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010), a Corte Roberts impediu a restrição legal de gastos empresariais na promoção de

campanhas eleitorais, a pretexto de resguardar a “liberdade de expressão” de corporações, ampliando sensivelmente o já elevado impacto do poder econômico nas eleições americanas. Já em *Gonzalez v. Google* (2023)⁷³ e em *Twitter, Inc. v. Taamneh* (2023)⁷⁴, o Tribunal se recusou a ampliar a responsabilidade das *big techs* pelo papel dos algoritmos de recomendação na promoção de conteúdos extremistas nas mídias sociais, sustentando caber ao legislativo uma resposta regulatória neste domínio (Kerr, 2010; Pacelle Jr, 2024).

No campo dos costumes, a Corte Roberts pré-Trump impediu, no caso *Obergefell v. Hodges* (2015), que estados conservadores discriminassem casais gays por leis restritivas de direitos, reconhecendo o seu direito ao casamento civil a nível nacional, sob a “cláusula de igual proteção” da 14ª Emenda. Já com a maioria ultraconservadora pós-Trump, o Tribunal, em *303 Creative LLC v. Elenis* (2023), permitiu que as empresas, a pretexto de convicção religiosa, se recusassem a comercializar bens ou serviços personalizados a casais homoafetivos, retomando um argumento pernicioso, que já fora amplamente utilizado por empresas em estados conservadores no contexto das políticas de segregação (Yoshinho, 2015; Kao e Graham, 2023).

No campo das liberdades civis, no período pós-Trump, a Corte Roberts, em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), revogou a garantia federal do direito ao aborto, devolvendo aos estados a prerrogativa de regulamentar o tema de forma descentralizada. Como consequência, a decisão favoreceu a obstrução dos direitos sexuais e reprodutivos femininos, especialmente em estados de orientação conservadora. Já em *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* (2023), o Tribunal invalidou o uso direto do critério racial em políticas de ação afirmativa para admissões no ensino superior, revertendo décadas de precedentes que, ainda que com

⁷³ No episódio, a família de Nohemi Gonzalez — uma vítima americana do ataque terrorista ao Bataclan, em Paris, no ano de 2015 — processou o Google, alegando que o YouTube — de sua propriedade — contribuiu indiretamente para que a organização terrorista Estado Islâmico disseminasse sua mensagem de ódio e recrutasse jovens radicalizados, através do seu sofisticado algoritmo de recomendação de vídeos, que promove a aproximação de usuários com interesses comuns. A Suprema Corte julgou se o Google poderia ser responsabilizado sob o *Communications Decency Act* (1996), cuja Seção 230 imuniza as plataformas digitais de qualquer responsabilidade por conteúdos postados por terceiros (Pacelle Jr, 2024).

⁷⁴ Em *Twitter, Inc. v. Taamneh*, o Tribunal examinou a responsabilidade dos provedores de serviços de internet sob o *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* (1996), que autoriza ações judiciais de civis contra pessoas ou entidades que auxiliem ou incentivem atos de terrorismo internacional. O processo foi movido por Mehier Taamneh e pela família de Nawras Allassaf, vítima fatal do ataque ao Reina Nightclub, em Istambul, na véspera de Ano Novo de 2017. Os requerentes processaram o Twitter, Google e Facebook nos EUA, alegando que, ao falharem na adoção de medidas adequadas para impedir ou remover conteúdos terroristas, essas plataformas permitiram que a organização terrorista Estado Islâmico se utilizasse dos seus serviços para difundir discursos extremistas e recrutar jovens radicalizados (Pacelle Jr, 2024).

restrições, permitiam a sua aplicação como um fator seletivo coadjuvante (Zisk, 2024; Brindis, 2025).

Sob Trump, o ativismo judicial da Suprema Corte — que havia se reabilitado sob o manto progressista da Corte Warren —, se desvincula quase que totalmente do discurso tradicional dos direitos para voltar a perfilar sua postura histórica predominante, de escancarado alinhamento ao poder econômico. Nesse contexto, Sohoni (2018) aponta a ressurreição dos discursos tipicamente associados à conturbada Era Lochner, particularmente no que se refere à refração quanto às regulações sociais e à acentuada deferência pró-mercado. Contudo, ao empunhar essa gramática, a gestão Trump pode estar fazendo mais do que simplesmente reabilitar velhas doutrinas liberais: é mais provável que o seu verdadeiro objetivo seja tensionar à exaustão a governança estabelecida no pós-guerra, conduzindo-a a uma ampla reconfiguração pós-democrática, ainda mais abertamente convertida ao autoritarismo neoliberal.

Observar os padrões de ativismo da Suprema Corte americana é particularmente útil por se tratar não apenas da instituição que inspirou, como modelo, a recente onda global de empoderamento judicial, mas também por sua atividade bicentenária e ininterrupta, que permite um olhar mais nítido sobre os seus ciclos de expansão e recuo. Essa breve reconstituição histórica permitiu examinar mais claramente os reais potenciais e limites da jurisdição constitucional no campo da promoção dos direitos fundamentais, restando claro que, em quase toda a sua história, o Tribunal foi fortemente presidido por uma lógica altamente conservadora e pró-mercado.

Para ficar em pontos fulcrais, a Suprema Corte — após um ciclo oportunista de aparelhamento judicial liderado por elites políticas retirantes, no caso *Marbury* (1803) —, contribuiu decisivamente não só para a deflagração da Guerra Civil, com *Dred Scott* (1857), mas também para a neutralização dos subseqüentes esforços integracionistas após a derrota do Sul, em *Plessy* (1896), sustentando por quase um século a segregação racial. Na Era Lochner, amparou as desmesuras do *laissez-faire*, mesmo após a I Guerra e o *Crash* de 1929, quase inviabilizando o *New Deal*. Recuada a contragosto pela reação coordenada do sistema político, o Tribunal reabilitou sua intrusão sob um renovado pretexto: defender as “minorias insulares”, apropriando-se de um impulso antissegregação que já ecoava amplamente no sistema político e na sociedade, a despeito da recalcitrância de certos enclaves reacionários⁷⁵. Por fim, de Nixon a Trump, reassumiu

⁷⁵ Com efeito, mesmo a breve janela progressista da sempre lembrada Corte Warren, que promoveu avanços relativos no campo dos direitos civis e das liberdades individuais, foi rapidamente fagocitada por uma forte

seu ativismo conservador com desassombro, derrubando políticas afirmativas, ampliando o já sensível poder político das corporações e consentindo, a pretexto de tradições culturais, com discriminações odiosas.

É verdade que essa jurisprudência cíclica, com amplíssimo predomínio conservador, reflete as tensões ideológicas de seu tempo, mas não deixa de revelar algo sobre a genética elitista e algo autoritária da magistratura americana. Seja como for, a longevidade da Suprema Corte dos EUA e as alterações em sua composição ao longo dos anos oferecem *insights* valiosos sobre as reais possibilidades e limitações do empoderamento judicial. É necessário reconhecer que, embora esse fenômeno possa promover certos direitos, frequentemente o faz ao custo elevado de desestabilizar os tempos e movimentos transacionais do sistema político, produzindo contramobilizações sísmicas perigosas para o quadro das liberdades.

Desde as suas origens, o discurso implícito que sustentou a revisão judicial tem sido, em termos práticos, fortemente ancorado no resguardo de interesses de elites apreensivas com as sinalizações apreendidas a partir das urnas. Este fenômeno, portanto, longe de indicar um compromisso consistente com a promoção de valores sociais abrangentes, em defesa especialmente de grupos marginalizados, espelha sobretudo uma profunda desconfiança quanto aos potenciais da democracia de massas e uma forte sobrevalorização das liberdades de mercado. Eis o seu real fundamento de poder. No entanto, a democracia só se salva por si mesma e, dificilmente, uma elite esclarecida, inclinada ao exercício da coerção e politicamente *unaccountable*, será capaz de garantir qualquer porto seguro às liberdades, sem que as massas possam reconhecer e se apropriar da efetiva superioridade moral dos regimes de liberdade.

De qualquer sorte, já a partir do caso *Marbury v. Madison* (1803), a Suprema Corte estabeleceu as bases do modelo americano de controle de constitucionalidade e, ainda no século XIX, sob a égide da Doutrina Monroe e da crescente influência dos EUA na região, este modelo se propagou por quase todo o continente americano. Como consequência,

contramobilização conservadora e ampla instrumentalização pela nascente racionalidade neoliberal. Os esforços de dessegregação racial observados no período já espelhavam uma demanda da sociedade organizada, com eco relevante sobre o *establishment* político, além de forte pressão internacional no contexto da Guerra Fria, o que sugere que tais avanços poderiam ter ocorrido mesmo sem a intervenção providencial da Corte. Sendo certo, porém, que História não pode ser avaliada sob um prisma especulativo, mesmo ficando no campo concreto dos fatos, constata-se que o próprio ímpeto antissegregacionista pós-Brown (1954) foi progressivamente abandonado, conforme aumentou o seu custo político. Além disso, os esforços pós-Brown não absolvem a Suprema Corte da jurisprudência supremacista que desenvolvera no século anterior, sem a qual dificilmente a segregação racial teria atingido todo o seu pleno e odioso potencial na sociedade americana (Klarman, 2004; Dudziak, 2000; Williams, 1987).

muitas das novas nações latino-americanas, ao redigirem suas constituições no pós-independência, incorporaram elementos próprios desse modelo. No continente, o Canadá foi a exceção mais notável dessa tendência, permanecendo fiel ao modelo de Westminster até muito recentemente (Sajó e Uitz, 2017; Möller, 2012).

Esse “modelo americano” permite que qualquer juiz ou tribunal, em seu cotidiano processual, fiscalize a constitucionalidade das leis e atos públicos relevantes, como condição para o próprio julgamento de mérito de casos ordinários postos sob sua apreciação. Tal exame é realizado, todavia, de forma meramente incidental, ou seja, a questão da constitucionalidade é analisada apenas na medida em que for relevante para a resolução do caso concreto (Sajó e Uitz, 2017; Möller, 2012).

Um dos seus aspectos mais distintivos é a sua base na tradição do *common law*, herdada dos britânicos, a despeito da subversão promovida no primado da soberania parlamentar. Diferentemente de sistemas positivos (*civil law*), no sistema consuetudinário, as decisões judiciais constituem precedentes vinculantes, que, por sua sedimentação reiterada, na forma de jurisprudência, serão replicados em decisões futuras. Disso decorre que, no contexto americano, embora as decisões de revisão judicial se refiram a casos concretos, elas acabam produzindo um efeito irradiador mais abrangente, alcançando também casos idênticos ou similares (Sajó e Uitz, 2017; Möller, 2012).

Nessa complexa e articulada rede jurisdicional, a Suprema Corte é o órgão judicial de cúpula, e as suas decisões operam como precedentes obrigatórios para todas as demais cortes. Esse princípio de vinculação (*stare decisis*) assegura consistência e previsibilidade ao sistema, já que as cortes inferiores são progressivamente vinculadas pela jurisprudência das cortes superiores. Além disso, as transições na jurisprudência geralmente se caracterizam por mais gradualismo, espelhando mudanças que comumente emergem dos ciclos históricos e sociais, em resposta às alterações nas percepções públicas e nos valores predominantes das elites e da sociedade em geral (Sajó e Uitz, 2017; Möller, 2012).

Para ilustrar a precoce influência do modelo americano no Brasil e na América Latina, a revisão judicial foi introduzida já pela Constituição de 1891. Contudo, diferentemente do sistema americano, o modelo brasileiro não assimilou a prática do *stare decisis*, estranha à sua tradição de direito positivo, tributária do *civil law* romano-germânico. Assim, durante quase todo o século XX, o sistema de revisão judicial brasileiro não exerceu relevância significativa na paisagem do sistema político. Somente muito recentemente, o judiciário nacional passou a exercer uma notável proeminência,

impulsionado por reformas fomentadas, na América Latina, pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional, que buscaram fortalecer a cúpula judicial e alinhar o direito latino-americano ao modelo de precedentes vinculantes, prevalente nos países capitalistas centrais (Santos, 2009; Barroso, 2012).

E, como se detalhará na seção seguinte, o modelo americano se distingue do continental-europeu especialmente por essa filiação deste ao modelo romano-germânico (*civil law*). Com efeito, na Europa Continental, diante da ausência de um sistema de precedentes vinculantes, as cortes constitucionais nasceram como entidades autônomas e geralmente separadas da jurisdição ordinária. Esses órgãos mistos, que conjugam juízos políticos e o emprego extensivo de uma linguagem técnica, são incumbidos de julgar a constitucionalidade das leis e atos do poder público de forma abstrata e concentrada, sem apreciar um caso judicial concreto, com liames fáticos e subjetivos específicos. Nesses julgamentos de conformidade constitucional, é a própria lei se senta no “banco dos réus”, produzindo-se, ao fim, teses vinculantes que serão compulsoriamente replicadas pelo contencioso administrativo e pelo sistema judicial ordinário, que não dispõe de competência para a realização dessa fiscalização de forma difusa, no seu cotidiano jurisdicional (Sajó e Uitz, 2017; Möller, 2012).

Em todo caso, embora extraia as suas raízes diretamente da tradição centralista austro-alemã e a despeito dos seus traços distintivos, mesmo o modelo continental-europeu foi significativamente renovado pela tradição de supremacia constitucional dos americanos, que se tornou particularmente influente na Reconstrução Europeia, nos trilhos do Plano Marshall e da Doutrina Truman. O perfil centralizador do controle europeu acabou favorecendo a sua assimilação por novas democracias, na Europa e no mundo, no pós-Segunda Guerra — especialmente em países que possuíam um histórico recalcitrante de autoritarismos, no contexto da reconstrução europeia e das transições pós-coloniais —, e no pós-URSS, com as subsequentes ondas de redemocratização eslava e latina (Sajó e Uitz, 2017; Möller, 2012).

Na seção seguinte, serão abordados os traços fundamentais do modelo europeu-continental, especialmente a partir do estudo do influente Tribunal Federal Alemão, cuja jurisprudência foi fortemente alinhada aos valores ordoliberais que presidiram a Reconstrução e a subsequente integração comunitária do Bloco Europeu.

1.2 O controle de constitucionalidade cruza o Atlântico: o influente modelo europeu-continental

O constitucionalismo ocidental pode, em linhas gerais, ser subdividido em duas grandes tradições: a liberal clássica, originada da experiência inglesa, que tem na Magna Carta de 1215 o seu ponto de partida, e uma deriva tipicamente norte-americana, de democracia constitucional, surgida há pouco mais de dois séculos e tornada hegemônica no pós- Guerra. Embora compartilhem a base da *common law*, há entre elas uma cisão fundamental quanto à extensão dos poderes da legislatura. Se o modelo clássico consagra a supremacia parlamentar e o constitucionalismo consuetudinário, fundamentando-se no consentimento e na responsabilidade política dos governantes, dando ao parlamento plena autoridade sobre a produção normativa, o modelo americano firma-se no primado da supremacia constitucional, baseando-se em uma constituição codificada, rígida e hierarquicamente superior à legislação ordinária, cuja interpretação cabe a cortes não-eleitas (Paixão e Bigliuzzi, 2011).

O primeiro modelo propiciou aos britânicos um terreno fértil para o florescimento de uma cultura liberal sólida, permitindo que a monarquia inglesa, muito antes dos tumultos revolucionários dos séculos XVIII e XIX, se ajustasse precocemente a uma lógica de limitação de poder e de pactuação entre as forças do sistema político, tendo o parlamento como o *locus* privilegiado dessa transação. E, com a hegemonia do Império Britânico, a soberania parlamentar tornou-se uma inevitável referência para o desenvolvimento dos regimes representativos na Europa Continental, ainda que a sua assimilação tenha se dado de forma assimétrica e não-linear, segundo as particularidades de cada país, na expansão do ideário burguês (Stolleis, 2010).

Se na Inglaterra o equilíbrio entre o parlamento e a coroa evoluiu de forma gradualista, no restante da Europa essa transição foi marcada por revoluções, guerras, conflitos e sucessivas mudanças abruptas de regime. Ainda assim, do Iluminismo ao início do século XX, os valores liberais avançaram substancialmente em solo europeu, a despeito do caráter simbólico das constituições de então, fomentando uma cultura política cada vez mais aberta à limitação do poder estatal, à ampliação do sufrágio e à proteção das liberdades individuais. Naturalmente, a consolidação da autoridade legislativa sobre o governo enfrentou fortes contramobilizações monárquicas e autoritárias, engendrando, em ampla maioria, regimes políticos híbridos, em que a ampliação da representação

parlamentar coexistiu com estruturas centralizadoras de governo, numa tensão permanente entre forças liberais e conservadoras (Hobsbawm, 2012).

A primeira fissura nessa afirmação crescente da autoridade do parlamento emergiu, no entanto, dos escombros do poderoso Império Habsburgo, no fim da I Guerra, com a proclamação da República da Áustria, cuja configuração foi amplamente influenciada pelas potências vencedoras. A nova nação austríaca transitou abruptamente de um regime monárquico constitucional e unitário para um modelo republicano, federado e parlamentarista, num cenário de forte devastação bélica e de colapso do liberalismo, temperado pelas severas imposições do Tratado de Saint-Germain (1919)⁷⁶. O desfecho foi previsível: uma crônica instabilidade governamental e uma crescente polarização entre as forças conservadoras e social-democratas, que, degenerando-se gradualmente em facções extremistas, disputaram o futuro político do novo país em meio a uma paisagem de crise generalizada, com hiperinflação, desemprego e recessão (Schorske, 1988).

E foi precisamente nesse contexto que o renomado jurista Hans Kelsen, como um dos principais arquitetos da Constituição de 1920 — que organizou a I República da Áustria —, encontrou campo fértil para certos experimentalismos institucionais. Cânone do positivismo jurídico, Kelsen já havia se notabilizado pelas linhas fundamentais do que seria a sua “teoria pura” do direito⁷⁷. Fortemente influenciada pelo pensamento

⁷⁶ O Tratado de Saint-Germain foi parte do conjunto mais amplo de tratados que redefiniram a Europa após a Primeira Guerra, semelhante ao mais conhecido Tratado de Versalhes, que tratou da situação específica da Alemanha. Firmada em 10 de setembro de 1919, no Château de Saint-Germain-en-Laye, na França, a avença formalizou a paz entre as Potências Aliadas e a Áustria, originada da dissolução do Império Austro-Húngaro. O Tratado reconheceu a nova república austríaca, limitando o seu território principalmente à porção de língua alemã e impondo-lhe significativas perdas territoriais, como a Boêmia, a Morávia e a maior parte da Silésia e da Galícia, que foram cedidas a outras nações recém-formadas ou ampliadas, como a Tchecoslováquia e a Polônia. Além disso, a Áustria foi obrigada a se desmilitarizar, restringindo o tamanho do seu exército, além de assumir parte das pesadas dívidas de guerra do antigo Império Austro-Húngaro. A Áustria foi, ainda, proibida de se integrar politicamente à Alemanha, o que, todavia, acabaria ocorrendo, sob a liderança de Hitler, em 1938 (MacMillan, 2001).

⁷⁷ Kelsen foi uma figura proeminente na Áustria dos anos 1910-1920, destacando-se tanto no ambiente acadêmico quanto no campo político. Após completar seus estudos em direito pela Universidade de Viena, rapidamente evoluiu de um estudioso para o posto de professor de direito constitucional e filosofia jurídica na mesma universidade. Sua obra, especialmente no campo constitucional, estabeleceu as bases jurídicas da Áustria moderna e, no campo intelectual, Kelsen manteve conexões com figuras importantes do seu tempo, como Ludwig von Mises, na vibrante vida intelectual da “Viena Vermelha”. No plano político, foi consultor do chanceler social-democrata Karl Renner, o primeiro a governar a Áustria republicana, e desempenhou um papel central na redação da Constituição de 1920, destacando-se por sua habilidade de navegar entre teoria e prática, que o tornou uma peça-chave na reconstrução do país no pós I Guerra. Condensando o seu pensamento teórico, a sua obra mais conhecida — a “Teoria Pura do Direito” (*Reine Rechtslehre*) — só seria publicada, no entanto, em 1934 (Vinx, 2007; Olechowski, 2020).

weberiano, a sua formulação teórica se centrou no conceito de “norma fundamental”, enquanto eixo de validade do sistema jurídico como um todo (Vinx, 2007).

Essa norma hipotética não se confunde propriamente com o conceito jurídico de constituição — a despeito das inevitáveis aproximações possíveis —, funcionando, antes, como um tipo ideal, que — ao justificar a legitimidade de uma norma com base em outra antecedente, de grau superior, numa articulação tendencialmente interminável — previne regressões infinitas na validação e na coerência autorreferida dessa imbricada ordem jurídica teórica, fornecendo a base necessária para alicerçar a advogada “pureza” kelseniana do direito⁷⁸ (Vinx, 2007).

O positivismo kelseniano enxerga a democracia como um sistema essencial para sustentar a validade e a legitimidade do direito, mas a sua concepção democrática sobressai especialmente sob o prisma de uma governança baseada em regras impessoais, sendo permeada por um marcante discurso individualista e despolitizante. Não surpreende, portanto, que Kelsen tenha dedicado especial atenção aos “riscos tirânicos” da regra da maioria. Em sua visão, numa sociedade pluralista, a maioria, ainda que constitua um pilar fundamental da governança democrática, não detém o monopólio de nomear o “bem comum”, na medida em que não se mostra infalível na garantia de leis que harmonizem, de maneira estável e não circunstancial, os interesses individuais e coletivos (Vinx, 2007).

Esse “bem comum”, em última instância, deveria ser resguardado pela constituição, que, por sua vez, intima, em sua defesa, um guardião “técnico” e “politicamente neutro”. Nesse ponto, o cientificismo kelseniano revela a sua clivagem mais nitidamente elitista, ao transplantar para a Europa a concepção americana de tutela das massas por uma instância insulada das pressões populares, inteiramente confiada a elites ilustradas. Há, aqui, no entanto, uma notável distinção: enquanto o modelo americano faculta a qualquer juiz ou tribunal o exame de conformidade constitucional das leis, no julgamento de casos concretos⁷⁹, Kelsen defendeu um modelo centralizado de controle, mais alinhado à tradição imperial austríaca (Vinx, 2007).

⁷⁸ O esforço primordial de Kelsen era justificar a legitimidade das normas jurídicas sem recorrer a critérios morais, éticos ou políticos na afirmação da pretensiosa “objetividade científica” do Direito. De fato, sem o mito fundador da “norma fundamental”, essa teoria “pura” enfrentaria a sua maior tormenta: o desafio de justificar a autoridade das leis sem recorrer a fatores extrajurídicos mais mundanos, que emanam diretamente da sociedade e do sistema político.

⁷⁹ De fato, mesmo as decisões da Suprema Corte dos EUA possuem efeitos subjetivos *inter partes*, atingindo de imediato apenas os envolvidos no caso concreto sob julgamento. A expansão dos seus efeitos para situações análogas ocorrerá apenas reflexa e gradualmente, por meio da jurisdição ordinária, instância por instância, impulsionada por um sistema progressivo e sedimentado de vinculação de precedentes (*stare*

Discutindo quem deveria ser o “guardião da Constituição”, Kelsen condenou os modelos europeus convencionais, que atribuíam tal responsabilidade ora ao legislativo, nos contextos mais liberais, ora ao executivo, nos mais conservadores. Tais arranjos comprometeriam a imparcialidade requerida por uma autêntica proteção constitucional e, como alternativa, o autor defendeu a designação dessa função a um tribunal constitucional independente e especializado, equipado com a expertise técnica e o distanciamento político necessários para decidir livre de pressões externas. Essa corte especializada, (1) além de arbitrar disputas federativas em países não-unitários, teria como atribuições (2) revisar a conformidade constitucional das leis e atos governamentais, (3) mediar os conflitos entre diferentes ramos do governo, e (4) salvaguardar os direitos individuais.

Kelsen (2003) via, portanto, na jurisdição constitucional, um pilar fundamental para a sustentação do novo paradigma de supremacia constitucional, sublinhando a essencialidade de uma burocracia perita, eficiente, autônoma e imparcial para policiar a conformidade das leis. O autor condenava o modelo de soberania parlamentar, por sua abordagem que, tornando a legislatura juiz e parte interessada dos seus atos, enfraqueceria o sentido normativo da constituição. A seu ver, a ortodoxia da doutrina da separação dos poderes havia caducado diante da complexidade da sociedade contemporânea, reclamando uma atualização pragmática sobre o papel dos tribunais na arquitetura da governança moderna. Assim, doravante, a robustez da jurisdição constitucional seria indispensável para sustentar a estabilidade dos regimes democráticos.

Para Kelsen (2003), as dinâmicas evolutivas dos âmbitos político, econômico e social inevitavelmente intimam adaptações na constituição de uma nação. Assim, ao lado de sua retórica de precisão científica do direito, o autor também advogava por uma flexibilidade textual suficientemente capaz de se ajustar às novas realidades emergentes,

decisis). Nesse modelo, ainda que subordinado à tese firmada pela instância superior, o juízo inferior ainda conserva certo grau de discricionariedade ao analisar o quadro factual do caso sob sua apreciação, podendo aplicar o precedente de forma direta, ajustá-lo às particularidades do caso ou, ainda, afastá-lo justificadamente, mediante uma distinção essencial que ampare circunstancialmente a sua inaplicabilidade *in casu* (*distinguishing*). Além disso, o modelo americano, por implicar uma tramitação prolongada por todo o aparato judicial, antes que a matéria seja finalmente apreciada pela Suprema Corte, contribui para a produção de uma jurisprudência menos açodada ou formada a reboque do varejo momentâneo do sistema político. As partes interessadas não possuem, como regra, acesso direto ao Tribunal, que exerce a sua função uniformizadora precipuamente em grau recursal, a partir de julgamentos já longamente amadurecidos nas instâncias inferiores e que produziram, ainda que difusamente, algum grau de debate na sociedade. Outro aspecto distintivo desse sistema é a autonomia da Suprema Corte na seleção dos casos que julgará. Isso porque a admissão dos recursos depende da concessão do *certiorari*, instrumento pelo qual o Tribunal, por uma maioria qualificada, seleciona quais litígios julgará, estabelecendo a sua agenda prioritária com total independência, livre das demandas cotidianas do sistema político, que, como regra, terá que endereçar suas crises por seus próprios ritos (Chemerinsky, 2015).

sem que se comprometessem, com isso, os imperativos da previsibilidade jurídica e da estabilidade política. Portanto, na intersecção desafiadora entre flexibilidade adaptativa e estabilidade duradoura, a necessidade de dinamismo não deveria enfraquecer os princípios fundamentais que alicerçam a governança constitucional.

Embora se apropriasse da gramática americana de supremacia constitucional, Kelsen (2003) formulou, para o sistema austríaco, um modelo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, em que uma única corte constitucional especializada, destacada da jurisdição ordinária, detém o monopólio de julgar a conformidade constitucional. A principal vantagem desse sistema seria proporcionar uma interpretação célere, eficiente, uniforme, consistente e centralizada, reduzindo as variações interpretativas que poderiam surgir em um sistema difuso. Em sua visão, esse modelo produziria uma jurisprudência mais estável e previsível, sem mudanças abruptas de compreensão sobre o sentido do texto constitucional⁸⁰.

É possível, porém, que a opção por esse modelo esteja mais enraizada em fatores sociopolíticos alternativos — como uma desconfiança generalizada em relação à magistratura comum, a renitência de obstáculos à institucionalização democrática e a prevalência de certa cultura política centralista, que situa a lei como produto da autoridade — que propriamente em sua suposta eficiência e segurança jurídica. Isso porque, no modelo americano, a Suprema Corte efetivamente uniformiza a jurisprudência sem enfrentar maiores desafios, indicando que a centralização não é um requisito indispensável para a eficácia de um sistema jurídico (Hirschl, 2007; Issacharoff, 2015; Tushnet, 2008; Sajó e Uitz, 2017; Möller, 2012).

Seja como for, operou-se, aqui, mais uma metamorfose fundamental na vocação da jurisdição, antes concebida como um processo neutro, sóbrio e de baixa discricionariedade, em que a norma legal — genérica, impessoal e abstrata, editada pela legislatura — é, no contexto específico de um caso concreto, efetivamente aplicada para pacificar o conflito, numa operação subsuntiva que a “individualiza”, “pessoaliza” e

⁸⁰ O argumento tem suas fragilidades, já que o acesso direto ao tribunal por oposições e grupos de interesse pode enredar o judiciário diretamente no conflito político de turno, antes que haja um amadurecimento da celeuma por um longo processamento na burocracia judicial e que se permita ao próprio sistema político, com primazia, endereçar suas crises. A ausência de uma cultura jurídica baseada em precedentes consuetudinários, somada à excessiva politização dos tribunais, também reduz o custo da mudança de orientação, produzindo uma jurisprudência instável e excessivamente reativa, de perfil casuista e presidida pelo varejo político imediato. Além disso, o modelo europeu frequentemente limita esse acesso direto a certas autoridades e grupos organizados, ao passo que o modelo americano parece mais democrático, na medida em que todo aquele que tiver algum direito lesado poderá, na teoria, levar sua contestação à instância judicial ordinária e, eventualmente, chegar ao balcão da Suprema Corte, pela via recursal.

“concretiza”. Nessa “massificação” da jurisdição, em que o precedente assume a forma de uma tese vinculante, genérica, impessoal e abstrata, dissolvem-se quase que inteiramente as fronteiras entre a jurisdição e a legislatura.

Cabe pontuar que, até àquela altura, a tese prevalente do “legislador negativo” — professada por autores como Hamilton (2003a), Bickel (1986) e o próprio Kelsen (2003) — preconizava uma jurisdição que se limitasse a funcionar como um *veto point*, anulando *tout court* certas medidas legislativas e governamentais abusivas, a pretexto de desconformidade constitucional. Assim, diante de uma lacuna eventualmente produzida pela nulidade ou anulabilidade, não caberia à jurisdição suplantar a decisão política, constituindo *motu proprio* uma regra nova. Tal competência, em revés, seria restituída à esfera de autoridade dos poderes eleitos.

No entanto, na contemporaneidade, novas e criativas técnicas decisórias — como as “sentenças manipulativas”⁸¹, do direito italiano; a “interpretação conforme”, a “declaração de nulidade parcial sem redução de texto” e a “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”, do direito alemão⁸²; e o “estado de coisas inconstitucional”⁸³, do direito colombiano — abandonaram de vez essa

⁸¹ As “sentenças manipulativas” ou “aditivas” são uma inovação da Corte Italiana, desenvolvida como uma resposta à “inércia legislativa” no período pós-Guerra. Essa técnica decisória permite que o judiciário intervenha diretamente no conteúdo das leis, modificando-as para assegurar sua conformidade com a constituição, geralmente a pretexto de isonomia. O espectro multifacetado das sentenças manipulativas inclui adicionar, alterar ou remover partes do texto legal, numa abordagem que transcende em muito a mera declaração de inconstitucionalidade. Nesse contexto, o judiciário não se restringe a invalidar o texto legal reputado inconstitucional, como um tradicional “legislador negativo”, atuando, antes, como um autêntico “legislador positivo”, que constrói a legislação de acordo com sua própria avaliação política de adequação e necessidade (Maluf, 2018).

⁸² A técnica de “interpretação conforme” é aplicável a normas com múltiplas interpretações possíveis e opera pela fixação judicial de uma única interpretação constitucionalmente legítima a ser conferida a um dado texto legal, cuja literalidade seguirá, no entanto, inalterada. O tribunal atua, portanto, no campo exclusivamente hermenêutico, sem modificações textuais expressas. Por outro lado, na “declaração de nulidade parcial sem redução de texto”, o judiciário igualmente preserva a íntegra do texto da norma, atuando também sobre o espectro das suas possíveis interpretações. Neste caso, porém, sem impor uma interpretação específica, o tribunal apenas exclui expressamente aquelas que resultariam em inconstitucionalidade, validando, por conseguinte, todas as demais interpretações residuais. Essa distinção é sutil, mas significativa, dada a diferença de escopo. Por fim, a “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” ocorre quando o tribunal identifica que uma norma é inconstitucional mas, ainda assim, opta por não a invalidar de imediato, proporcionando ao legislador um prazo razoável para remediar o defeito, de modo a prevenir vazios regulatórios (Mendes e Branco, 2023).

⁸³ A doutrina do “estado de coisas inconstitucional” (ECI) foi desenvolvida a partir da Decisão T-025/2004, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia. Tal julgamento tratava da situação alarmante dos “deslocados internos” — grupos forçados a deixarem suas casas, premidos por conflitos armados, violações de direitos ou desastres naturais, e que, diversamente dos refugiados, seguem em seu país de origem. Os deslocados sofrem com a ausência de políticas efetivas para garantir seus direitos mais básicos, incluindo o acesso à saúde e à educação, num contexto de prolongado conflito armado. Assim, o Tribunal avançou para reconhecer a natureza estrutural dessas violações generalizadas de direitos, imputando-as à omissão de múltiplas autoridades. No entanto, se limitou a declarar tal “estado de coisas” incompatível com a Constituição, sem ditar diretamente qualquer conjunto medidas para o seu enfrentamento. Como

performance minimalista, fazendo do judiciário uma clara câmara legislativa não-eleita, que formula, com ampla liberdade, diretrizes legais gerais de alto impacto. Desse modo, o judiciário pode não apenas criar uma regra diante da alegação de “omissão legislativa”⁸⁴, mas também, diante da derrubada de uma regra existente, ditar diretamente outra em seu lugar.

Nessa trilha, endossado pelo governo social-democrata Karl Renner (1918 -1920), Kelsen pôde implementar, em solo europeu, o primeiro tribunal constitucional que exerceria, de forma centralizada, o controle abstrato da constitucionalidade das leis, previsto diretamente no texto da Constituição de 1920. E assim, durante os primeiros anos da década de 1920, o Tribunal foi relativamente capaz de moderar o sistema político, beneficiando-se de sua intensa fragmentação e recorrente paralisia decisória (Lagi, 2012).

Uma vez instituído o Tribunal, com o apoio de Renner, o próprio Kelsen se instalou em seu *bench*, como o seu mais proeminente magistrado. Mas, com a troca de guarda no governo e a ascensão dos conservadores, a sua proximidade política com os social-democratas lhe rendeu acusações de parcialidade jurisdicional. Além disso, setores conservadores e a Igreja Católica passaram a enxergar o Tribunal como um bastião da oposição liberal, percebendo-o com um freio à sua crescente influência. E, assim, o debate sobre costumes tornou-se um campo fértil para alimentar as desconfianças quanto à sua jurisdição, especialmente após a prolação de decisões que afastaram a indissolubilidade do matrimônio, afirmando o direito ao divórcio. Nesse cenário de crescente polarização entre a “oposição” liberal-judicial e a situação conservadora, ganhou força uma campanha bem-sucedida para reformar a Constituição e restringir as competências da Corte (Lagi, 2012).

desdobramento desse reconhecimento, o governo, sob monitoramento permanente, deveria formular planos, validá-los junto ao Tribunal e empreender os esforços necessários para o seu enfrentamento. Aqui, observa-se um claro padrão duplo de ativismo por parte dos tribunais, que diante de situações complexas, se limitam a um discurso moralizante, evitando injunções concretas a pretexto de separação dos poderes, embora procedam de modo bastante distinto em casos que envolvam liberdades pró-mercado. Reconhecendo o óbvio, se limitam a devolver o problema ao sistema político. No Brasil, tal doutrina foi replicada na ADPF nº 347, que abordou as condições precárias do sistema prisional. Similarmente à homóloga colombiana, o STF se limitou, contudo, a reconhecer deficiências óbvias e a reforçar a premência de políticas públicas corretivas, sem se envolver diretamente na implementação dessas medidas. De toda sorte, a controversa doutrina do ECI investe o judiciário de competência até mesmo para impulsionar políticas públicas abrangentes, ainda que de forma seletiva e sob duvidosa capacidade institucional de implementação (Cardona-Fox, 2018; Pereira, 2017).

⁸⁴ Como se, na qualidade de um poder independente, a legislatura fosse obrigada a legislar sobre a totalidade dos temas, de forma tempestiva e abrangente, sem jamais se socorrer das clássicas estratégias mediadoras ou de “não-decisão”, próprias da transação política.

Assim, em 1929, uma reforma constitucional foi aprovada com relativa facilidade pelos conservadores, enfraquecendo significativamente o Tribunal. Da alçada do legislativo, o processo de indicação dos juízes deslocou-se, então, à autoridade do governo, impondo-se, com tal medida, a remoção de todos os juízes do Tribunal, numa debilitação flagrante de sua independência. Embora os magistrados destituídos pudessem, em tese, postular a recondução sob o novo regramento, Kelsen acabou declinando de compor a lista de candidatos, dada a sua clara inviabilidade política (Lagi, 2012).

Tragicamente, embora concebido para proteger as minorias contra a tirania da maioria, o Tribunal Austríaco mostrou-se de todo impotente na imposição de qualquer freio significativo à deriva autoritária da Áustria, sendo totalmente eliminado pelo regime austrofascista do chanceler Engelbert Dollfuss, entre 1933 e 1934. Destronado e ameaçado pela onda de antissemitismo, restou a Kelsen exilar-se, inicialmente em países vizinhos e, mais tarde, em 1940, nos EUA, onde ainda daria relevantes contribuições jurídico-conceituais para o sistema das Nações Unidas⁸⁵ (Lagi, 2012).

Com a Europa devastada pela II Guerra, os EUA despontaram como a principal potência ocidental e, para consolidar sua hegemonia no continente, recorreram ao Plano Marshall. Esse pacote, mais que uma ajuda econômica essencial à Reconstrução, representou uma sofisticada estratégia de *soft power*, voltada à difusão das instituições, da cultura e dos valores políticos e ideológicos dos norte-americanos, fortalecendo o discurso de supremacia do capitalismo sobre o bloco socialista liderado pela União Soviética (Afonso, 2015).

De fato, o novo equilíbrio de poder do pós-guerra começou a ser delineado já nas Conferências de Paz de Teerã, Yalta e Potsdam, preparando o terreno para a nascente Doutrina Truman, que se tornaria um marco fundamental na política externa norte-americana, por consolidar a liderança dos EUA na contenção da influência soviética na porção ocidental do continente europeu. Assim, a Reconstrução foi profundamente atrelada aos interesses geopolíticos dos EUA, sendo sustentada por uma fina sintonia

⁸⁵ No Entreguerras, respondendo à escalada nacionalista, Kelsen extravasou a sua teoria da norma fundamental também para o plano internacional, teorizando sobre um hipotético sistema jurídico global. Contrapondo-se à escola realista das relações internacionais, Kelsen rejeitava o argumento soberanista, advogando em prol de instituições supranacionais, regidas por uma constituição e leis próprias, reconhecidas e respeitadas pelo conjunto das nações. Por conseguinte, postulava também a necessidade de um tribunal supranacional, capaz de arbitrar disputas geopolíticas racionalmente, com base no direito internacional. Sua proposta de estabelecer uma governança transnacional, se falhou na montagem da Liga das Nações, contou com forte eco na instituição da Organização das Nações Unidas e da Corte Internacional de Justiça, sendo Kelsen um dos seus mais notáveis mentores intelectuais (Vinx, 2007).

entre assistência econômica e influência político-cultural, numa estratégia que assegurou a sua predominância global no Ocidente (Afonso, 2015).

Nesse contexto, a transposição do *american way of life* — tracionado pelo desenvolvimentismo keynesiano — para uma Europa arrasada pela Guerra desempenhou um papel crucial. Ao redefinir amplamente a percepção social dos europeus, os EUA alinhavaram, com sucesso, a noção de democracia constitucional e de capitalismo transnacional às compreensíveis ambições de prosperidade e estabilidade de uma Europa em escombros. E, para além da esfera político-militar, o emprego estratégico da propaganda, do comércio, do cinema e da cultura popular tornou-se decisivo para a remodelação dos hábitos e da mentalidade europeia, consolidando a posição de liderança ocidental dos americanos no contexto da Guerra Fria (Afonso, 2015).

No plano institucional não foi diferente. Assombrada pelos horrores do Nazismo, a Europa Continental assimilou com poucas reservas a doutrina do *judicial review*, adotando-a sob o discurso legitimador da necessária proteção das minorias ameaçadas pelos arroubos tirânicos das maiorias parlamentares. Importando um ideário já amplamente praticado nos EUA e revitalizado pelo caso *Brown*, esse movimento impulsionou, em todo o continente, a profusão de constituições codificadas e rígidas, com um amplo catálogo de liberdades negativas e um modelo robusto de controle de constitucionalidade. Nesse particular, a Lei Fundamental de Bonn (1949) — elaborada sob influência dos EUA para reger a Alemanha Ocidental no contexto da divisão imposta pela Cortina de Ferro —, tornou-se o modelo referencial dessa onda de constitucionalização (Westad, 2007; Hirschl, 2004; Sarlet, 2009).

Além disso, para expandir sua influência no comércio internacional e conter a expansão soviética nos demais continentes, a Doutrina Truman acelerou o processo de descolonização na África, na Ásia e no Oriente Médio. Produzindo um discurso emancipatório superficial, os EUA foram eficazes em encobrir interesses estratégicos renovados e mais sutis do seu novo imperialismo, operado a reboque das Instituições de Bretton Woods. Assim, após uma relutância histórica às reivindicações constitucionalistas das ex-colônias, a “linguagem dos direitos” foi subitamente instrumentalizada pelas economias centrais, não apenas para viabilizar a implantação de democracias frágeis e pouco funcionais, mas, sobretudo, para impedir que os novos regimes adotassem posturas nacionalistas e efetivamente independentes, que conflitassem com os interesses comerciais do Ocidente e ameaçassem a segurança dos seus investimentos *offshore* (Kershaw, 2016; Hirschl, 2004; Harvey, 2014).

Após essa breve contextualização geopolítica, percebe-se como o discurso renovado de supremacia constitucional e dos direitos influenciou o arranjo geopolítico preexistente, constituindo, além de uma nova ordem global — que, na ponta ocidental, tem os EUA como figura de proa —, também uma “Nova Europa”. Assim, para ficar no escopo deste trabalho, é essencial examinar o modelo europeu-continental de controle de constitucionalidade, bem como os seus bastiões mais notórios: o Tribunal Federal da Alemanha e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Impõe-se reconhecer, contudo, que esse modelo, embora seja frequentemente vinculado à tradição austríaca, longe de ser um produto exclusivamente autóctone, foi fortemente atualizado pela marcante influência da governança constitucional dos EUA no continente.

Examinando o impacto dessa influência na prática, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha exemplifica primariamente como normas e práticas institucionais dos EUA foram adaptadas ao contexto europeu. Tal Corte é composta por dezesseis juízes, segmentados em dois “Senados”, com oito membros cada. Cabe ao seu 1º Senado julgar questões constitucionais relacionadas a direitos individuais, ao passo que o seu 2º Senado se encarrega dos conflitos federativos e das disputas de competência entre as várias instituições governamentais. Seus juízes servem por um mandato irreconduzível de doze anos e a sua escolha é regida pelo artigo 93, da Lei Fundamental, e pelas Seções nº 2 a 11, da Lei do Tribunal Constitucional Federal. Metade dos magistrados é eleita pelo Bundestag⁸⁶ e a fração restante, pelo Bundesrat⁸⁷ (Bumke e Voßkuhle, 2019; Stüwe, 2012).

Para ser elegível, o candidato deve possuir pelo menos 40 anos, ser qualificado para altos cargos judiciais, além de não ser membro de qualquer parlamento ou governo. O processo de eleição passa pela criação de uma comissão eleitoral em cada Casa, que filtra os candidatos com o perfil e o apoio político necessário, apontados conforme a

⁸⁶ Trata-se do Parlamento Alemão propriamente dito, eleito diretamente pela população, mediante um complexo sistema distrital misto (*mixed-member proportional representation*), que combina a representação majoritária distrital e a proporcional em lista, com a prevalência desta. Em votações estritamente federativas, o Parlamento tem as suas deliberações submetidas também à revisão ou veto do Bundesrat, fazendo as vezes, nesta singular hipótese, de uma “câmara baixa” (Bumke e Voßkuhle, 2019).

⁸⁷ Trata-se da “câmara alta” federativa, composta por 69 representantes dos governos estaduais (Länder), responsáveis por sua nomeação, com cada estado apontando de 3 a 6 representantes, conforme a sua população. As decisões no Bundesrat são tomadas por blocos de votos, com cada bancada estadual exercendo o seu voto de forma coletiva, de modo que os seus representantes não possam adotar, isoladamente, posições divergentes entre si. Tributária de um complexo bicameralismo assimétrico, o Bundesrat só vota em questões tipicamente federativas e sua representação não é diretamente sufragada pela população. Além disso, em termos de mandato, os seus membros servem pelo tempo que durar o próprio gabinete estadual, sendo suscetíveis, portanto, a remoções *ad nutum*, no caso de mudanças na coalizão (Bumke e Voßkuhle, 2019).

proporcionalidade partidária, mas sempre condicionados à ratificação final pela supermaioria de dois terços dos votos do respectivo plenário. Esse modelo hipercensualista visa recrutar nomes com a necessária formação técnica e de perfil moderado, na medida em que nomes ideologicamente muito identificados com certas facções podem ser vetados até mesmo por uma minoria parlamentar (Bumke e Voßkuhle, 2019; Stüwe, 2012).

Conforme detalha Heun (2016), o acesso à Corte Constitucional Alemã se dá por meio de três principais categorias de ações, sendo cada uma dessas vias deflagrável por diferentes classes de atores: (1) as reclamações individuais, que permitem aos cidadãos contestar violações aos seus direitos constitucionais; (2) as disputas constitucionais, envolvendo litígios de competência entre os órgãos do Estado e os níveis da federação; e (3) o controle judicial, que permite a verificação a conformidade das leis no curso de processos judiciais, por solicitação da jurisdição ordinária.

A reclamação individual compõe o grosso do acervo processual do Tribunal. Por esta via aparentemente larga, qualquer pessoa, natural ou jurídica, que repute violados os seus direitos pode recorrer diretamente à jurisdição constitucional, num processo de contornos concretos. No entanto, em termos práticos, o princípio da subsidiariedade impõe que o reclamante tenha esgotado previamente as demais vias legais, antes de recorrer à Corte, e a admissibilidade das reclamações ainda será discricionariamente filtrada. Assim, na formação de sua agenda, o Tribunal rejeita a maior parte das petições já na fase de admissibilidade, sem sequer examinar seu mérito, e, mesmo as reclamações que avançam nesse primeiro filtro, possuem uma taxa de sucesso extremamente baixa (Heun, 2016).

Já as disputas veiculam litígios concretos, travados em torno dos limites das competências federativas ou governamentais, ou impugnações abstratas, contestando a validade em tese de uma lei ou ato do poder público. Nesta hipótese, o Tribunal efetivamente julga o mérito da totalidade das demandas apresentadas, mas só é acessível a um rol bastante enxuto de autoridades, que incluem o governo federal, os governos estaduais e o mínimo de um quarto dos membros do Bundestag (Heun, 2016).

Por fim, no controle judicial, um tribunal ordinário qualquer, a partir do julgamento de um caso concreto que suscite uma controvérsia constitucional relevante, remete essa questão incidental à apreciação da Corte, para que decida a respeito. Formada a tese geral pelo Tribunal Constitucional, o caso é restituído à instância de origem, para que a aplique ao caso concreto sob sua apreciação (Heun, 2016).

Este arranjo multifacetado de vias permitiu que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha se firmasse como um ator crucial no sistema político do país e como um inevitável modelo de referência para novas democracias de todo o mundo. Trata-se da instituição mais influente do sistema continental-europeu de controle e, a despeito de sua alegada matriz austríaca, é fácil notar que a Corte Alemã também congrega técnicas incidentais de controle, produzindo teses jurídicas vinculantes que emergem de casos específicos, emulando uma prática típica do *judicial review* americano (Heun, 2016).

Para ficar na sua influência doméstica, a atuação da Corte é facilmente notável em variados campos, da economia à política, passando pelo campo minado dos costumes. Nesta seara, por exemplo, o Tribunal equiparou, para fins tributários⁸⁸, de adoção⁸⁹ e de sucessão e previdência⁹⁰, as parcerias civis registradas (*lebenspartnerschaft*) homoafetivas aos casamentos heterossexuais. A equiparação completa, no entanto, veio do próprio parlamento, por meio de uma lei aprovada em 2017. A Corte ainda reconheceu o direito à eutanásia comercial⁹¹, ao aborto no início da gestação⁹² e à opção pela adoção de um “gênero neutro” nos assentamentos e documentos civis⁹³.

No campo eleitoral, a Corte recusou-se a dissolver, sob o argumento de falta de evidências conclusivas, um partido de extrema-direita acusado de associação a valores neonazistas e xenófobos⁹⁴. O Tribunal ainda permitiu que as empresas influenciassem diretamente as eleições por meio de doações financeiras, com o mérito de validar as

⁸⁸ Ver Caso BVerfG-1 BvR nº 611/07, julgado em 21/07/2010, sobre a equiparação do imposto de herança para beneficiar a sucessão patrimonial de parceiros supérstites em relações civis homoafetivas registradas (Dejure, 2010a).

⁸⁹ Ver Caso BVerfG-1 BvL nº 1/11 e Caso BVerfG-BvR nº 3247/09, julgados em 19.02.2013, sobre a possibilidade de “adoção sucessiva”, em que um parceiro fica autorizado a postular a adoção legal do filho do outro, com o seu consentimento, no âmbito de uma relação civil homoafetiva registrada (Dejure, 2013).

⁹⁰ Ver Caso BVerfG-1 BvR, nº 1164/07, julgado em 07/07/2009, sobre a equiparação de direitos sucessórios e de pensão, em caso de falecimento de parceiro civil no âmbito de parceria civil homoafetiva registrada (Dejure, 2009).

⁹¹ Ver caso BVerfG-2 BvR nº 2347/15, julgado em 26/02/2020, declarando a inconstitucionalidade da criminalização da promoção comercial do suicídio assistido (“eutanásia comercial”), assegurando o direito geral ao serviço de morte autodeterminada (Dejure, 2020).

⁹² Ver Caso BVerfG-2 BvF nº 2/90, julgado em 28/05/1993, permitindo o aborto nas primeiras doze semanas de gestação, sob a condição de aconselhamento certificado, mantendo, no mais, a sua criminalização (Dejure, 1993).

⁹³ Ver Caso BVerfG-1 BvR nº 2019/16, julgado em 10/10/2017, em que o Tribunal validou a opção de registro civil dos que, não se identificando com o tradicional binarismo de gênero, preferiram se qualificar como titulares de um “gênero neutro”, “inter/diverso” ou “diverso” (Dejure, 2016).

⁹⁴ Ver Caso BVerfG-2 BvB nº 1/01, julgado em 18/03/2003, recusando os pedidos de extinção do NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*), de extrema-direita (Dejure, 2003).

imposições da legislação sobre o dever de transparência e de observância a certos tetos absolutos, qualquer que seja o porte da corporação⁹⁵.

Já no campo econômico, o Tribunal perfilou um claro alinhamento à racionalidade neoliberal, promovendo austeridade fiscal, livre concorrência, restrições trabalhistas e sindicais e limitando políticas de tributação progressiva. Para ficar em alguns exemplos paradigmáticos, a Corte limitou a participação alemã no socorro econômico à Zona do Euro⁹⁶, vetou a tributação sobre grandes fortunas⁹⁷, proibiu greves no serviço público⁹⁸ e confirmou reformas que reduziram drasticamente os benefícios assistenciais aos desempregados⁹⁹. Além disso, recentemente, ao impedir que o governo utilizasse recursos residuais da Pandemia para aumentar investimentos públicos, acabou, por via de consequência, derrubando a frágil coalizão social-democrata¹⁰⁰.

Além da atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha na política interna, cabe examinar como a sua jurisprudência se alinha, se sobrepõe e interage com as diretrizes mais amplas da União Europeia. Essa análise é essencial pois muitas das decisões adotadas a nível nacional possuem implicações que transcendem as fronteiras domésticas, afetando a legislação e a governança da Europa como um todo. Desse modo, ampliando a análise para o contexto do complexo constitucionalismo europeu multinível,

⁹⁵ Ver Caso BVerfG-2 BvE n° 2/89, julgado em 09/04/1992, permitindo o financiamento empresarial, com limitações, da corrida eleitoral (Dejure, 1992).

⁹⁶ Ver Caso BVerfG-2 BvR n° 1390/12, julgado em 12/09/2012, em que o Tribunal limitou a atuação financeira da Alemanha no Mecanismo Europeu de Estabilidade (ESM), um fundo de resgate destinado a socorrer países da Zona do Euro, após a Crise da Dívida Europeia de 2009 afetar severamente países como Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha e Chipre. A partir da decisão, qualquer aporte alemão deveria ser previa e especificamente autorizado pelo parlamento alemão, obedecendo, por conseguinte, o rígido regramento de austeridade aplicável aos gastos públicos em geral (Dejure, 2012).

⁹⁷ Ver Caso BVerfG-2 BvL n° 37/91, julgado em 22/06/1995, em que, a pretexto de isonomia tributária, a Corte derrubou o imposto alemão sobre grandes fortunas (*Vermögensteuer*), vigente desde a década de 1950 (Dejure, 1995).

⁹⁸ Ver Caso BVerfG-2 BvR n° 1738/12, julgado em 12/06/2018, em que o Tribunal validou punições aplicadas a professores da rede básica de ensino público, por participarem de greves organizadas por seus sindicatos, no contexto subsequente à Crise de 2008, reivindicando melhores condições de trabalho e correções salariais. Com a decisão, o Tribunal consolidou sua jurisprudência de proibição geral das greves no funcionalismo (Dejure, 2018).

⁹⁹ Ver Caso BVerfG-1 BvL n° 1/09, julgado em 09/02/2010. No contexto pós-Crise de 2008, o Tribunal endossou o sistema Hartz IV, que introduziu uma ampla reforma de austeridade nos benefícios de amparo temporário aos desempregados. A Corte, embora tenha reconhecido a insuficiência dos valores dos benefícios para garantir uma vida digna, endossou a reforma, limitando-se a apelar à legislatura em prol de sua periódica recomposição inflacionária (Dejure, 2010b).

¹⁰⁰ Ver Caso BVerfG-2 BvF n° 1/22, julgado em 15/11/2023, em que o Tribunal bloqueou, mesmo diante de aprovação parlamentar, o remanejamento de receitas residuais da Pandemia para custear investimentos públicos num fundo de combate às mudanças climáticas. Sem tais recursos, a coalizão liderada pelos social-democratas da SPD acabou tendo que recorrer a receitas extras pela via dívida pública, causando o rompimento da facção mais ortodoxa (os “liberais”) da heterogênea coalizão que compunha também com “os verdes”. Sem sustentação, o governo Olaf Scholz recebeu uma moção de desconfiança e novas eleições foram convocadas para fevereiro de 2025, em meio ao avanço do partido extremista *Alternative für Deutschland* (Dejure, 2023).

faz-se oportuno examinar se o Tribunal Europeu, como instância supranacional, espelha uma jurisprudência análoga.

Acima das poderosas cortes constitucionais dos países europeus — das quais o Tribunal Alemão é o representante mais ilustre —, ainda paira uma derradeira instância judicial, incumbida do exame de conformidade do direito doméstico de cada Estado-parte e contraste com a legislação comunitária do Bloco: o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Sediado em Kirchberg, em Luxemburgo — que funciona como o centro do judiciário europeu desde a década de 1950 —, o TJUE ilustra como a judicialização e a linguagem tecnocrática são empregadas, em fases mais avançadas de integração, para debilitar relutâncias soberanistas em prol da afirmação da racionalidade neoliberal (Moorhead, 2014; Hirschl, 2012; Slobodian, 2018).

Constituído inicialmente, em 1952, sob a denominação de “Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço”¹⁰¹, após os Tratados de Roma (1957), que instituíram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom), a sua jurisdição se expandiu também para esses campos. E, já na década de 1970, a despeito de sua uma institucionalidade ainda bastante frágil, o Tribunal começou a estabelecer, sob sensível oposição das cortes e dos governos domésticos, os traços fundamentais do que seria a sua “doutrina da supremacia do direito comunitário”, utilizada para invalidar dispositivos constitucionais e legais dos países-membros por inconformidade com o direito europeu (Moorhead, 2014).

Com o Tratado de Maastricht (1992), que criou formalmente a União Europeia, as responsabilidades do Tribunal foram ampliadas, mas a sua afirmação institucional só se daria efetivamente a partir do Tratado de Lisboa¹⁰² (2009), que empoderou a governança supranacional do Bloco, tornando-a sensivelmente menos dependente do endosso, caso a caso, da unanimidade dos Estados-parte. Seus desafios, no entanto, longe de desaparecerem, seguem crescentes e cada vez mais complexos, sendo a sua jurisdição frequentemente confrontada por argumentos soberanistas e pelo avanço do euroceticismo (Dedman, 2010; Moorhead, 2014; Staab, 2011).

¹⁰¹ Constituído no contexto da fundação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Ceca), instituída pelo Tratado de Paris, assinado em 1951. A Ceca foi uma das primeiras organizações supranacionais europeias, sendo constituída originalmente por seis países-membros — França, Alemanha Ocidental, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo — e funcionando como o germe do que seria, nas décadas seguintes, a União Europeia (Dedman, 2010).

¹⁰² Num esforço de aproximação, o Tratado de Lisboa (2009) seria o equivalente, em um regime nacional, à “constituição” do sistema europeu (Portela, 2024; Staab, 2011).

Os juízes do TJUE são nomeados para mandatos reconduzíveis de seis anos, sendo apontados um por cada Estado-parte e, após o aval de um painel independente de especialistas atestar sua qualificação, ratificados por votações protocolares e consensuais do Conselho da União Europeia¹⁰³. O TJUE é composto por duas subdivisões principais: o Tribunal de Justiça propriamente dito e o Tribunal Geral, sendo ambos compostos por um juiz de cada Estado-parte, que funcionam em câmaras ou painéis de julgamento (Moorhead, 2014; Staab, 2011).

O Tribunal Geral funciona como uma espécie de “primeira instância” do sistema, aliviando, assim, a carga excessiva de trabalho do Tribunal de Justiça. Sua competência inclui casos sobre concorrência, comércio, agricultura, marcas registradas e o conjunto de ações movidas por indivíduos e empresas diretamente contra as instituições da União Europeia. Essa instância opera fundamentalmente a partir dos chamados “procedimentos diretos”, deflagrados a partir de petições de entidades ou indivíduos. Estes, por sua natureza controvertida, mais que a formação de uma tese jurídica pura e simples, demandam a efetiva instrução de fatos e provas. Desses “procedimentos diretos”, cabe sempre um “recurso direto” derradeiro, endereçado ao Tribunal de Justiça, que será limitado, no entanto, à discussão da tese firmada, vedando-se o reexame fático-probatório (Moorhead, 2014; Staab, 2011).

O Tribunal de Justiça, por sua vez, atua como a “Suprema Corte” em matéria de conformidade do direito doméstico com o direito comunitário, garantindo sua aplicação e interpretação uniformes no Bloco. Atuando especialmente por meio das chamadas “decisões preliminares”, o Tribunal, após decidir sobre a “tese preliminar” de casos referenciados pelas cortes nacionais dos Estados-membros, restitui o feito ao tribunal de origem para a sua aplicação ao caso concreto. Compete-lhe, ainda, julgar: (1) por provocação da Comissão Europeia¹⁰⁴ ou dos Estados-parte, as “ações por não cumprimento”, que buscam garantir que os países-membros implementem e cumpram adequadamente a legislação comunitária em seus territórios; e, (2) por provocação das instituições europeias, a emissão de prévia “opinião consultiva”, sobre a compatibilidade, com o direito comunitário, de projetos de acordo internacional que serão oportunamente levados a termo (Moorhead, 2014; Staab, 2011).

¹⁰³ Num esforço de aproximação, o Conselho da União Europeia seria o equivalente, em um regime nacional, à “câmara alta” do sistema europeu (Portela, 2024; Staab, 2011).

¹⁰⁴ Num esforço de aproximação, a Comissão Europeia seria o equivalente, em um regime nacional, ao “executivo” ou à “administração pública” do sistema europeu (Staab, 2011).

A jurisprudência do TJUE, ao examinar a conformidade da legislação doméstica dos países-membros da União Europeia, é tipicamente econômica e notoriamente alinhada à racionalidade neoliberal. Para ficar em alguns exemplos seminais, a Corte invalidou barreiras domésticas ao livre fluxo de capitais estrangeiros¹⁰⁵, removeu barreiras protecionistas ao comércio¹⁰⁶, restringiu severamente o direito de greve¹⁰⁷, endossou medidas de flexibilização trabalhista e corte de direitos sociais¹⁰⁸ e rechaçou a regulação da chamada “*sharing economy*”¹⁰⁹.

Em retrospecto, a trajetória do neoconstitucionalismo europeu revela uma tensão contínua entre a proteção dos direitos individuais e a manipulação jurídica em favor de agendas econômicas neoliberais. A transição do padrão de supremacia parlamentar para o de supremacia constitucional, no contexto europeu, foi parte de uma ampla reconfiguração das estruturas de governança global no pós-guerra, marcada primeiro pela consolidação hegemônica dos EUA e, em seguida, pela emergência do neoliberalismo. Nesse processo, as estruturas jurídicas e institucionais foram progressivamente moldadas e adaptadas para insular os mercados das pressões democráticas, promovendo a concorrência irrestrita como ferramenta dissolutória das solidariedades articuláveis tanto em nível de classe quanto no âmbito do próprio Estado nacional.

De concreto, essa assimilação da democracia constitucional americana em solo europeu fortaleceu o papel de órgãos não-eleitos como um contrapeso à vontade eleitoral, credenciando-os como um contraponto defensivo à barbárie totalitária. No entanto, esse

¹⁰⁵ No Caso nº 478/1998, movido pela Comissão Europeia contra a Bélgica, o TJUE reforçou a proibição comunitária de restrições regulatórias à livre circulação de capital financeiro, tanto entre os Estados-membros quanto proveniente de países terceiros, anulando barreiras nacionais que “discriminavam” investimentos estrangeiros (Dejure, 2000).

¹⁰⁶ No Caso nº 120/1978 (“Caso Cassis de Dijon”), o Tribunal rechaçou o emprego de regulações como barreiras comerciais no interior do Bloco, ao firmar o princípio do “reconhecimento mútuo de produtos”, segundo o qual os bens legalmente comercializados em um Estado-membro possuem o direito de comercialização nos demais, sem a necessidade de obedecer a quaisquer regulamentações adicionais destes (Dejure, 1979).

¹⁰⁷ Nos Casos nº 438/05 (“Caso Viking”) e nº 341/05 (“Caso Laval”), o TJUE julgou que o recurso a greves e protestos para pressionar politicamente contra o deslocamento de parques industriais para praças com um menor custo de mão-de-obra viola a “liberdade de estabelecimento”. A medida reafirmou, assim, o emprego da concorrência supranacional como via de rebaixamento e disciplinamento dos salários e das condições de trabalho (Dejure, 2007a e 2007b).

¹⁰⁸ No Caso nº 128/2012, o TJUE endossou a redução de salários promovida por um banco português, em plena Crise de 2008, acenando positivamente para medidas de redução de direitos trabalhistas e de flexibilização da proteção legal adquirida, sob o pretexto de otimizar a retomada econômica (Dejure, 2013).

¹⁰⁹ No Caso nº 390/2018, o TJUE decidiu que o Airbnb deveria ser classificado como um “serviço digital” e não como um “serviço imobiliário”, ponderando que o seu negócio seria de mera intermediação digital entre proprietários de imóveis e inquilinos potenciais, para locações de curta temporada. Essa decisão liberou, por conseguinte, o Airbnb de observar as regulamentações aplicáveis aos agentes imobiliários tradicionais, facultando-lhe uma ampla flexibilidade negocial (Dejure, 2019).

discurso é intrinsecamente problemático. Uma corte constitucional, por si só, é incapaz de bloquear o avanço de derivas totalitárias, como evidenciado pela trágica experiência austríaca. Além disso, tal degeneração autoritária não teve origem causal no parlamento em si, mas nas consequências da própria radicalização do discurso do *laissez-faire*, como recorda Polanyi (2021). Na verdade, os parlamentos italiano e austro-alemão foram fechados pelos regimes totalitários nazifascistas, e a sua anterior inoperância, fragmentação e paralisia crônicas foram sintomas diretos das condições degradantes do pós I Guerra, sendo a miséria absoluta instrumentalizada pela retórica mortal de demagogos como Hitler e Mussolini.

Além disso, a noção de um núcleo normativo anterior e intangível à vontade popular, relativo a uma ordem econômica “inevitável” e “espontânea”, que alentou o naturalismo manchesteriano, segue dormitando perigosamente nas frestas da noção europeia de “constituição econômica”. Essa concepção de uma fortaleza burocrático-concorrencial, erguida contra os impulsos redistributivos das massas, como se verá no Capítulo 3, segue animando amplamente o pensamento constitucional e comunitário europeu.

Entusiasmado com a consolidação desse processo, Sweet (2000) chega a sentenciar que a judicialização da política europeia é um feito irreversível, na medida em que (1) a governança europeia é cada vez mais dependente de cortes e órgãos que interpretem e apliquem o seu complexo cabedal de regras; (2) a fronteira entre política e direito tornou-se turva, de modo que governar praticamente se resume a produzir e a aplicar regras; e (3) as decisões judiciais, antes limitadas à resolução de conflitos individuais, passaram a influenciar, de forma massificada e direta, a formulação de políticas públicas, orientando a atuação dos governos e dos parlamentos.

Tal otimismo parece, no entanto, contrastar a oposição — popular, difusa e crescente — às instituições da União Europeia. A ascensão praticamente síncrona de populismos extremistas e eurocéticos em diferentes países e o desfecho súbito de movimentos antes imponderáveis, como o Brexit (2016), podem ter algo a dizer a respeito da solidez da “constituição econômica” europeia, além de reavivar memórias não muito alentadoras sobre a Europa do início do século passado. Não é por menos que Przeworski (2020) associa a crise global da democracia ao declínio da crença intergeracional no

progresso e à percepção crescente de que as eleições se reduziram a meras formalidades periódicas, por sua incapacidade crônica de empoderar efetivamente a cidadania¹¹⁰.

A supremacia constitucional — caso possa cumprir algum papel relevante na contenção de abusos estatais e na proteção de minorias vulneráveis —, tem sido, com uma frequência preocupante, instrumentalizada para sustentar uma ideologia antipopular e de duvidosa legitimidade democrática, que sobrevaloriza a liberdade econômica e os encantos de uma burocracia estatal supostamente neutra, em detrimento da genuína ação política. De concreto, a pretexto de atrair investimentos e de promover a integração dos mercados, essa governança engessada produziu um legado de bem-estar social bastante discutível. O horizonte não parece alvissareiro e, como adverte Foucault (2021, p.334), há que se “ouvir o ronco surdo da batalha” que se avizinha.

Neste cenário, a necessidade de um judiciário verdadeiramente independente e imparcial, que possa resistir sobretudo aos excessos autoritários do poder econômico, nunca foi tão premente. Olhando para o futuro, é crucial que a Europa, assim como outras democracias globais, reflitam sobre como suas estruturas constitucionais e práticas judiciais podem ser reformadas para promover uma justiça que ativamente fortaleça a democracia participativa e a justiça social. Este desafio é fundamental não só para a sustentabilidade da governança democrática, mas também para o restabelecimento da confiança pública em suas instituições. Somente assim o constitucionalismo servirá ao seu propósito emancipatório.

1.3 A revisão judicial na América Latina e no Brasil: o constitucionalismo liberal sem liberais

¹¹⁰ Especificamente no contexto europeu, Przeworski (2020) discute a crise de legitimidade da democracia apontando episódios em que a vontade popular, expressa por referendos, foi solenemente ignorada pelas elites governantes, como nos episódios de rejeição à “Constituição Europeia”, pela França e pela Holanda, em 2005. A proposição foi posteriormente ressuscitada, numa versão praticamente idêntica — o Tratado de Lisboa (2009) —, que, embora tenha sido, no fim das contas, ratificada, ainda chegou a ser rechaçada pelas urnas irlandesas. A medida, longe de ser trivial, visou justamente eliminar a necessidade de ratificação das regras europeias pela totalidade dos Estados-parte. A partir do Tratado de Lisboa, as regras comunitárias passaram a ser promulgadas diretamente, independentemente de procedimentos de “internalização” em cada país, desde que confirmados pelo Parlamento Europeu - eleito, mas sem poder significativo de iniciativa ou de alteração das proposições — e pelo Conselho da União Europeia - não eleito e formado por ministros de governo da área temática em deliberação de cada um dos países —, sob a iniciativa primaz do “executivo europeu” não-eleito — a Comissão Europeia. Além disso, o direito interno dos países membros passou a se submeter à análise sistemática de conformidade com o direito comunitário, a partir dos julgamentos do empoderado Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A América Latina despontou como a primeira zona de influência geopolítica dos EUA já no século XIX, à medida que novos Estados se formavam como desdobramento do processo de descolonização. Com a Doutrina Monroe, delineada inicialmente sob a presidência de James Monroe (1817-1825), as Américas foram declaradas como uma zona livre de novas intervenções europeias, para agasalhar um imperialismo mais sutil que o anacrônico colonialismo, que, conjugando cooperação e coerção, buscou se estabelecer, sobretudo, a partir do seu crescente poderio comercial. A partir de então, qualquer tentativa europeia de intervenção no continente seria interpretada como uma agressão aos EUA, que, em contrapartida, se comprometeram a não se envolver nos conflitos europeus, a menos que resvassem no “Novo Mundo” (Renahan Jr, 2007; Livingstone, 2009).

Assim, ao longo dos séculos XIX e XX, as diretrizes da Doutrina Monroe se consolidaram como um pilar fundamental da política externa americana para a América Latina. Sob Theodore Roosevelt, que advogava a primazia diplomática e cooperativa (*carrots*), mas sempre deixando ostensiva a opção militar (*big sticks*), a Doutrina foi expandida para justificar ações estratégicas como a construção do Canal do Panamá e diversas intervenções no Caribe. Posteriormente, sob as presidências de Kennedy e Johnson, foi atualizada para respaldar uma articulação complexa de cooperação e intervenções mais assertivas, inclusive com o endosso a uma onda de golpes militares, concebidos como uma “resposta preventiva” à alternativa soviética. Mais recentemente, os princípios irradiadores dessa política, ainda que como uma desenvolvimento remoto, seguem bem captados pelo dito “Consenso de Washington”, que, nos anos 1980 e 1990, impulsionou uma onda de reformismos gerencialistas na região, alinhando os Estados locais à nascente racionalidade neoliberal (Renahan Jr, 2007; Livingstone, 2009).

Desse modo, popularizaram-se precocemente, na América Latina, não apenas os valores americanos, como também o seu modelo institucional de democracia constitucional e de presidencialismo republicano, com a adoção de constituições codificadas, catálogos de liberdades negativas, tripartição de poderes e, nos países de maior porte, também o *design* federalista. Não foi diferente com a revisão judicial, que foi introduzida nas novas constituições da região já no século XIX. Essa emulação institucional, no entanto, se foi bastante eficaz no mimetismo das formas, naturalmente não passou incólume às especificidades dos fatores reais de poder e dos elementos culturais próprios de cada país, moldando uma cultura ambivalente, que conciliou discursos liberais e práticas autárquicas (Renahan Jr, 2007; Livingstone, 2009).

Para ficar em alguns exemplos dessa mimese precoce, o modelo americano de *judicial review* — incidental e difuso — foi incorporado pelas constituições da Argentina, em 1853; do México, em 1857; do Peru, em 1860; da Colômbia, em 1886; do Brasil, em 1891; e do Chile, em 1925. Em todos esses países — tributários da tradição do *civil law* e, portanto, desprovidos de um sistema de precedentes vinculantes (*stare decisis*) —, um sistema de justiça moroso, patrimonialista, com baixa coordenação entre as suas inúmeras instâncias e fortemente alinhado ao *establishment* político não chegou a produzir uma jurisprudência que impusesse freios relevantes às elites políticas ou que promovesse uma sólida cultura de liberdades. No final do século XX, essa chave histórica virou-se abruptamente, no sentido de um judiciário dirigista e empoderado, sem que essa virada tenha, contudo, implicado um necessário rompimento com essa coexistência ambivalente entre autoritarismo e valores liberais (Moreno, 2021; Silva, 2022; Belaunde, 2007; Sarria, 2013; Barroso, 2012; Beltrán, 2016).

Que fatores presidem esse hiato histórico? Examinado especificamente o caso brasileiro, as explicações mais conhecidas — perfiladas por constitucionalistas célebres como Barroso (2012), Mendes e Branco (2023) e Moraes (2017) — se ancoram fundamentalmente em discursos evolucionistas sobre os direitos e sobre aspectos formais-institucionalistas da democracia constitucional, combinados a certas reformas gerenciais que expandiram e diversificaram o acesso ao judiciário, além de fortalecerem a sua coordenação *top-down*. Mas essa dogmática algo reducionista possui boas razões para ser colocada em perspectiva, na medida em que se inscreve em uma paisagem global ampliada de empoderamento judicial, capitaneada pela valorização de certa gramática transnacional de despolitização e de contenção aos potenciais da democracia de massas, num paradoxal contexto de universalização do sufrágio (Brown, 2017; Hirschl, 2004; Dardot *et al.*, 2021).

Num esforço de “abrir esse embrulho” e escrutinar a hipótese evolucionista dos direitos, carreada pelo pensamento constitucional hegemônico, faz-se forçoso promover uma breve reconstituição histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir dos seus principais marcos, lançando um olhar especialmente atento sobre a história do antes “figurante” e opaco Supremo Tribunal Federal, agora projetado à ribalta da política nacional. Pretende-se, com isso, tematizar os limites e as possibilidades desse novo arranjo para a democracia brasileira, produzindo uma grade de leitura para interpretar os achados desta pesquisa.

Pois bem, como já mencionado anteriormente, o *judicial review* foi formalmente introduzido no Brasil na I República¹¹¹, concebida sob a influência decisiva de intelectuais como Ruy Barbosa, notório por seu fetiche americanista¹¹². A emulação das instituições americanas era tão flagrante que — além da adoção do federalismo, do presidencialismo republicano, de uma orientação de fachada liberal e do emprego de uma constituição codificada, com controle de constitucionalidade difuso — o país foi rebatizado como “Estados Unidos do Brasil”, adotando uma flâmula nacional bastante similar à americana em sua composição, que se distinguia apenas pelo emprego das listras verdes e amarelas, herdadas da coroa de Habsburgo e das casas de Orleans e Bragança (Slaibi Filho, 2016).

A “importação” do modelo permitia que os juízes e tribunais brasileiros, ao julgarem casos concretos sob sua jurisdição, pudessem avaliar, de forma incidental (*incidenter tantum*), a conformidade das leis aplicáveis à controvérsia com a Constituição. Essa forma de controle — ainda vigente nos dias de hoje, mas com menor protagonismo —, faculta ao juiz anular uma norma se a reputar inconstitucional, mas, embora possa desconstituir retroativamente todos os efeitos eventualmente gerados desde a sua entrada em vigor (efeitos retroativos ou *ex tunc*), o seu veredicto se limita às partes envolvidas no caso (efeito *inter partes*), sem alcançar a sociedade como um todo (efeito *erga omnes*). Na falta do *stare decisis*, o arranjo produziu um modelo altamente “disfuncional” (Barroso, 2012).

O modelo previsivelmente não produziu resultados dignos de nota e, inconformado com a resistência dos juízes brasileiros, Ruy Barbosa, ao redigir a Lei de Organização da Justiça Federal de 1894, chegou ao paroxismo de incluir, em seu art. 13, §10, uma nova exortação mandatória: “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais”. Seu apelo, porém, novamente não surtiu efeito prático e o judiciário

¹¹¹O modelo foi estabelecido inicialmente pelo Decreto nº 510 de 1890, que instituiu a Constituição Provisória de 1890, especificamente em seu artigo 58, inciso III, alíneas “a” e “b”. Além disso, também foi referido no Decreto nº 848 de 1890, que estruturou a Justiça Federal, em seu artigo 3º; no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891, em seu artigo 15, §2º, “1º”; e na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que trouxe novas disposições sobre a Justiça Federal, especificamente em seu artigo 13, § 10º. A adoção explícita desse modelo também se deu naturalmente na própria Constituição de 1891, em seu artigo 60 (Brasil, 1890a, 1890b, 1891, 1894).

¹¹² Em obra multicitada, Barbosa (1893) reconhece abertamente a sua inspiração na matriz americana para formatar a nova ordem constitucional do Brasil, rememorando, em certas passagens, o icônico caso *Madison vs. Marbury* e realçando o traquejo político do *chief justice* John Marshall.

seguiu bastante secundário no quadro geral do sistema político (Barbosa, 1893; Slaibi Filho, 2002; Brasil, 1894).

Na I República, o STF foi concebido para substituir o Conselho de Estado do Império, assumindo a interpretação da Constituição, e, como órgão judicial de cúpula, dando a palavra final no disfuncional sistema recursal. Composto inicialmente por 15 magistrados “ministros”, nomeados pelo presidente e aprovados pelo Senado, o Tribunal, em sua formação originária, foi dominado por juristas egressos do regime imperial, muitos com mais de 70 anos. E, embora contasse com representantes de diversas províncias, os juízes de São Paulo e do Rio de Janeiro predominavam em seu *bench*, enquanto os nomes dos estados menores eram geralmente oriundos da política partidária paroquial. A quase totalidade dos seus juízes formou-se nas tradicionais faculdades de São Paulo, Olinda e Recife (Costa, 2006; Rodrigues, 1991a).

Desafortunadamente, a inauguração do STF coincidiu com um dos períodos mais instáveis da I República. As transformações de então envolviam desafios como o complexo desentranhamento entre Igreja e Estado, que impactou do casamento aos registros civis, passando pela educação pública e pelos hospitais, até chegar à gestão dos cemitérios. Além disso, o país transitava de um Estado unitário para um federalismo centrífugo, com vários levantes separatistas, enquanto a eliminação do voto censitário se fez acompanhar pela imposição de restrições igualmente potentes, com a exigência da alfabetização. Tamanha a amplitude da metamorfose do Estado, tornou-se inevitável a sucessão de conflitos políticos de alta octanagem (Costa, 2006; Rodrigues, 1991a).

Durante a “República da Espada”, nas tensões entre estados e União, o embate entre Deodoro da Fonseca e o Legislativo paroquialista resultou na dissolução do Congresso e desembocou, em seguida, também na sua renúncia, pavimentando o caminho para a Revolução Federalista. Com a ascensão do vice Floriano — o “Marechal de Ferro” —, a oposição foi brutalmente reprimida, levando Ruy Barbosa a acionar o STF para libertar inúmeros presos políticos. E, antecipando a ação da Corte, Floriano Peixoto lançou um aviso nada sutil: “se os juízes do Tribunal concederem o *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que necessitarão”. Acochado, o Tribunal adotou uma saída evasiva, alegando não ter competência para julgar a legalidade do estado de sítio antes da sua apreciação pelo Congresso (Costa, 2006, p.30; Rodrigues, 1991a).

Com o isolamento crescente de Floriano, no entanto, o STF aproveitou-se da janela de oportunidade para ampliar sua autoridade, impulsionando a chamada “doutrina

brasileira do *habeas corpus*” — sua maior contribuição no período, ainda que marcada por elevado casuísmo. Os julgamentos desses processos de presos políticos atraíam grande interesse social, convertendo as sessões em verdadeiros espetáculos midiáticos. Foi nesse contexto, aliás, que Ruy Barbosa moldou sua *persona* de “patrono das liberdades individuais”, valendo-se, para tanto, da judicialização estratégica e de uma retórica bastante persuasiva, sempre temperada por alusões frequentes à jurisprudência da Suprema Corte americana (Costa, 2006; Rodrigues, 1991c).

Imagem 1 - Charge jornalística retratando Ruy Barbosa e o Habeas Corpus como uma “dupla constante”.



Fonte: extraída de Costa (2006, p.29).

Intrometendo-se pontualmente no explosivo cenário federativo, o STF contratou embates com o Congresso ao declarar inconstitucional a competência estadual para regular impostos importação. Numa dura invertida, o Congresso restituiu aos estados tal prerrogativa, levando o Tribunal a recuar. A Corte ainda condescendeu com a dura repressão aos monarquistas e aos movimentos de rebeldia popular, referendando incondicionalmente, por exemplo, as controversas medidas higienistas lideradas por Oswaldo Cruz. Diante das convulsões generalizadas, o Tribunal condescendeu com a brutalidade estatal, negando *tout court* as ordens de *habeas corpus* aos presos que se recusaram à vacinação compulsória, num cenário em que repressão à Revolta da Vacina produziu milhares de prisões e deportações em massa (Costa, 2006; Rodrigues, 1991b e 1991c).

No conturbado cenário oligárquico, o STF foi frequentemente intimado a resolver disputas eleitorais e buscou afirmar a sua pretensão de árbitro da legalidade republicana.

No entanto, a sua excessiva politização transparecia em suas decisões, escancarando os seus alinhamentos internos a certas facções oligárquicas. Não por acaso, o Executivo frequentemente desobedecia a suas determinações ou adotava manobras protelatórias para contorná-las. Cabe recordar que as fraudes da poderosa Comissão Eleitoral do Senado e o oportunismo decisório do STF impulsionaram, após a Revolução de 1930, os debates que desbocariam na criação da Justiça Eleitoral (Costa, 2006).

Na paisagem econômica, a modernização intensificou a presença de capitais estrangeiros em setores estratégicos, além de ativar revoltas populares e greves. Da posse de Hermes da Fonseca (1910) à queda de Washington Luís (1930), a cena republicana foi marcada por ainda mais instabilidade, como reflexos diretos da Primeira Guerra e da Revolução Russa. A agitação produziu greves de ampla escala em 1917, 1918 e 1919, que alarmaram as autoridades e as elites econômicas. Além disso, a fundação do Partido Comunista Brasileiro (1922) reforçou a percepção de ameaça, levando ao enrijecimento da antes permissiva legislação imigratória, mirando os operários europeus ligados às agitações sindicais (Costa, 2006).

Em resposta às crescentes demandas sociais, o governo dobrou a aposta, endurecendo a repressão com novas leis, ampliando as detenções em massa e, conseqüentemente, avolumando o guichê do STF com novos pedidos de *habeas corpus*. O Tribunal, alinhado às elites, reprimiu os movimentos operários emergentes, negando *habeas corpus* a presos políticos sob a justificativa de ameaça à ordem pública, além de colaborar ativamente com a deportação de imigrantes ligados à mobilização sindical e a ideologias contra-hegemônicas (Costa, 2006).

O impopular governo Bernardes (1922-1926), sustentado pelo Congresso e pela política dos governadores, exasperou ainda mais a crise, com a imposição de um estado de sítio permanente. Além disso, a Lei da Imprensa de 1923 facilitou a perseguição a jornalistas e a censura aos jornais mais críticos ao governo. A insatisfação com o atraso recalcitrante permeou até mesmo os conservadores quartéis, desencadeando, à direita, os levantes tenentistas alinhados aos valores do que seria a nova classe média urbana, e, mais à esquerda, a formação da famosa Coluna Prestes, que disseminou a revolta por vários rincões miseráveis do Brasil rural. As prisões políticas avançaram para alcançar até mesmo representantes distintos da antes intocável elite paulista. Instado a se manifestar com frequência nessa conturbação, a despeito de divergências internas muito pontuais, o STF limitou-se a referendar as medidas de exceção, enquadrando a repressão como um resposta proporcional às ameaças ao regime (Costa, 2006).

Assim, na I República, Costa (2006) reconhece, a despeito de sua tônica algo laudatória, que o STF manteve uma postura precipuamente conservadora, alinhada à estabilização do governo federal e à sustentação da ordem econômica oligárquica. De fato, a jurisprudência do período prestigiou os esforços do Executivo Federal, especialmente em períodos de exceção constitucional, impondo-lhe restrições meramente pontuais e geralmente de forma oportunista, em momentos de maior debilitação e isolamento político. O Tribunal, portanto, reforçou a ordem elitista em detrimento da proteção às liberdades individuais mais mezinhas e o seu alinhamento excessivo ao governo oligárquico lhe custaria caro na subsequente Era Vargas.

Continentino (2016) pontua que, além desses entraves do cenário político, o STF e a assimilação do modelo de revisão americano enfrentaram desafios inerentes à adaptação de um mecanismo típico do *common law* em um país com tradição jurídica romano-germânica, reprisando a explicação mais corriqueira da dogmática constitucional. Tal fato foi relevante e certamente também não ajudou o excessivo entrosamento dos juizes com o *establishment* político. No entanto, é possível perquirir explicações alternativas ou, ao menos, concorrentes, que justifiquem esse cenário de crônica inoperância.

Ainda no Império, a Lei Saraiva (1881) implementou eleições diretas para senadores e deputados, mantendo, todavia, os filtros censitários e ainda adicionando uma nova e poderosa barreira: só os alfabetizados poderiam votar. Ainda sem o voto feminino, disso resultou que apenas 150 mil brasileiros — 1,4% da população de então — compunham o corpo eleitoral. Com a República, as restrições de renda foram abandonadas, mas a exclusão dos analfabetos foi mantida, em um país majoritariamente rural, em que apenas 15% da população era letrada, o que produziu uma participação eleitoral inferior a 6% da população. Sem o sigilo das votações, a baixa participação foi, ainda, temperada pela influência do coronelismo e pelas renitentes e institucionalizadas fraudes eleitorais (Ricci, 2021).

O cenário da I República, portanto, permitiu o soerguimento de uma democracia de elites, infensa às demandas de massa. A política dos governadores acabou permitindo a acomodação eficaz do conflito federativo e o liberalismo de fachada não inibiu, sempre que necessário à preservação do *status quo*, o recurso providencial ao autoritarismo. Essa conjuntura, dessarte, tornou o recurso à judicialização de pouca serventia, já que os poderes eleitos ressoavam amplamente com as demandas do estamento econômico. E,

com o subsequente escancaramento do autoritarismo, na Era Vargas, o papel do STF tornou-se ainda mais marginal.

Com a Revolução de 1930, formou-se uma coalizão heterogênea e contraditória, que congregou às elites oligárquicas também os tenentes, os positivistas, os fascistas, os comunistas e os liberais de variados matizes. Tamanha a fragmentação do movimento, sem que nenhum grupo pudesse impor diretamente a sua primazia, a liderança unificadora do habilidoso e ambivalente Getúlio Vargas consolidou-se quase que por inércia, pavimentando-se o caminho para uma espiral centralizadora que culminaria no Estado Novo (1937-1945). E, governando por decreto durante o Governo Provisório (1930-1934), antes mesmo de consolidar sua autoridade, Vargas já explicitou o seu ímpeto de retaliar o STF (Araújo, 2000; Costa, 2006).

Assim, já em 1931, Vargas reduziu a composição da Corte, de quinze para onze membros, aposentando compulsoriamente os ministros mais identificados com a ordem oligárquica¹¹³. Nos anos seguintes, já quase integralmente renovado em sua composição, o Tribunal, não podendo se opor a regime, buscou sinalizar a utilidade dos seus préstimos, como braço da repressão, endossando sistematicamente graves medidas contra opositores do regime. Um dos casos memoráveis desse contexto foi a denegação do *habeas corpus* à judia alemã Olga Benário¹¹⁴, em 1936, validando a sua expedita extradição à Alemanha Nazista (Costa, 2006; Abal, 2017).

Ainda assim, na breve janela do Governo Constitucional (1934-1937), o Brasil incorporou inovações no campo do *judicial review*, como a cláusula de reserva de plenário (*full bench*), que exigia, para a anulação de leis, a decisão colegiada da maioria dos membros dos tribunais. Introduziu-se, ademais, a possibilidade de ampliar os efeitos das decisões do STF para além das partes envolvidas no litígio concreto, embora a suspensão geral da lei declarada inconstitucional, em casos tais, passasse necessariamente por uma

¹¹³ Na ocasião, foram compulsoriamente aposentados os ministros Edmundo Muniz Barreto, Pedro Afonso Mibelli, Godofredo Cunha, Geminiano da Franca e Pedro Joaquim dos Santos, além do Procurador-Geral da República — àquela altura um membro efetivo do Tribunal —, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque (Costa, 2006).

¹¹⁴ No HC nº 26155, a Corte denegou o pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Olga Benário Prestes, militante comunista judia e companheira de Luís Carlos Prestes, presa no Brasil durante a repressão à Intentona Comunista. O pedido fundamentou-se em sua gravidez, por carregar em seu ventre uma criança brasileira, e em seu *status* judaico, argumentando-se que a sua deportação para a Alemanha Nazista representaria um risco grave à sua vida. Como consequência, num julgamento bastante sumário, Olga foi deportada já em 1936, no mesmo ano de sua prisão. Em seguida, foi repatriada à Alemanha, onde foi morta numa câmara de gás, no Campo de Bernburg, em 1942. O caso é um dos exemplos mais emblemáticos das omissões do STF diante de graves violações a Direitos Humanos (Abal, 2017).

resolução do Senado Federal¹¹⁵, com efeitos meramente prospectivos (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023).

Para limitar o recurso frequente às interventorias federais — comum na fase final da I República e radicalizada no Governo Provisório (1930-1934) —, ainda se introduziu, na Constituição de 1934, o que a dogmática constitucional refere, com certo exagero, como sendo a primeira “ação concentrada” de controle constitucional: a “representação interventiva”. No quadro geral de preservação da ordem pública, a intervenção seguia na alçada do presidente da República, dependendo, todavia, de prévio aval do parlamento. A representação interventiva teria um lugar meramente residual, sendo proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República para amparar intervenções motivadas por controvérsias de base precipuamente jurídica, por violação a princípios elementares da ordem constitucional. Julgada procedente pelo plenário do STF, a representação teria o condão de incumbir o presidente da República do encargo de implementá-la. O Judiciário não tinha, porém, qualquer capacidade institucional de impor medidas ao governo e representação interventiva jamais saiu do papel (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023).

Preservadas até os dias de hoje, tais inovações são superestimadas pelos registros da memória constitucional pátria. Evidência disso, como recorda Slaib Filho (2016), é que, por seu passado de envolvimento casuísta na cena política, a Constituição de 1934, em seu art. 68, estatuiu ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, deixando claro o papel limitado reservado à jurisdição

¹¹⁵ Nessa solução intermediária para preservar a separação de poderes, caberia a um órgão político — o Senado — a suspensão de um ato igualmente político — a lei —, sustando-se os efeitos, no todo ou em parte, da norma declarada inválida pelo STF, com efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*), mas gerais (*erga omnes*). Cabe recordar que tal previsão foi reproduzida pelas constituições subsequentes e segue, até hoje, estampada também na Constituição de 1988 — art 52, X —, muito embora seja convenientemente ignorada pelo STF, que, desprezando o tal comando expresso, confere, *motu proprio*, efeitos gerais e vinculantes às decisões que profere no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Segundo Barroso (2012, p. 154), “a razão histórica — e técnica — da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo”. Como rememora Cunha Júnior (2008, p. 171), “visava-se, com isso, evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade de conflitos de decisões — que tanto maculam a segurança jurídica e a certeza do direito — entre os vários órgãos judiciários competentes para a realização do controle”.

constitucional. Além disso, a breve experiência constitucional da Era Vargas foi atravessada por seguidos esforços de centralização que, bloqueados pelas elites parlamentares, acabaram se desfechando num novo golpe de Estado, que fechou o Congresso Nacional e só manteve o STF em funcionamento por sua absoluta inofensividade.

Na Carta de 1937, Vargas fez constar um dispositivo — art. 96, parágrafo único¹¹⁶ — que facultava ao Executivo Federal, sob vagos pretextos de interesse público, solicitar ao Congresso a anulação de decisões proferidas pelo STF. Contudo, como o parlamento foi dissolvido pelo Golpe (art. 178¹¹⁷) e, até a sua eventual reinstalação¹¹⁸, Vargas autoconcedeu-se o poder de governar por decretos-leis (art. 180¹¹⁹), o arranjo de superação decisória por lei (*legislative override clause*) permitiu ao governo, na prática, sustar diretamente as decisões judiciais que objetasse¹²⁰ (Costa, 2006; Brasil, 1937).

De qualquer modo, reconhecendo a natureza czarista do governo, o Tribunal perfilou uma posição autocontida que tornou praticamente desnecessário o recurso a esse expediente. Um dos raros episódios em que a cláusula foi acionada teve lugar em um deslize corporativista, em que o STF declarou inconstitucional a incidência de imposto de renda sobre os vencimentos da própria magistratura. Invocando a prerrogativa cassatória, Vargas derrubou a decisão, reputando-a incompatível com o interesse público. Como rememora Costa (2006), exposto ao duplo vexame — da pecha de corporativismo e da desmoralização decisória —, o STF não lidava pela primeira vez com o descumprimento de um de seus julgados. No entanto, foi a primeira vez que uma de suas decisões foi formalmente anulada por um ato do governo.

A partir da “Polaca”, o presidente e vice do STF — antes eleitos pelos próprios ministros — passaram a ser livremente escolhidos pelo presidente da República. Além

¹¹⁶ Segundo tal dispositivo, “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal (Brasil, 1937).

¹¹⁷ “Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187” (Brasil, 1937).

¹¹⁸ O que só ocorreria após a deposição da Ditadura do Estado Novo (Araújo, 2000).

¹¹⁹ “Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União” (Brasil, 1937).

¹²⁰ Com tal providência, a “Polaca” — cuja minuta é atribuída a Francisco Campos, um jurista tão brilhante quanto autoritário — perfilou, no Brasil, a noção schmittiana de “guardião da constituição”, que — polarizando com a defesa kelseniana em prol de uma corte técnica e independente —, confia tal papel ao chefe de Estado, por identificar em sua autoridade o poder soberano apto a declarar a exceção constitucional (Demarchi, 2015).

disso, o Procurador-Geral da República — até então um magistrado vitalício da Corte, designado periodicamente para a função ministerial por ato de ofício do chefe do Executivo¹²¹ — foi extraído dos quadros do Tribunal. Passando a se sujeitar à autoridade direta do governo, como ocupante de uma função livremente demissível, o PGR seguiria incumbido da chefia do Ministério Público Federal. O órgão, contudo, fora reduzido a um mero órgão anexo, para operar como um dos braços da repressão, no campo da persecução penal. Contudo, com a paciência requerida pela História, o STF ainda teria a sua revanche, se aliançando com as forças conservadoras que pilotaram o desmantelamento do Estado Novo (Costa, 2006; Brasil, 1937).

A abertura política tornou-se inevitável com o esgotamento da II Guerra e, anteendo a necessidade de união pelas urnas, o próprio regime, revitalizado pela popularidade da legislação social recém-adotada, flexibilizou a censura e restabeleceu a liberdade partidária, levando à fundação da UDN e do PSD, além de legalizar o Partido Comunista. Novas eleições foram, assim, convocadas para o ano de 1945. Todavia, em meio a ampla desconfiança quanto à sua realização e métodos, o embaixador dos EUA discursou, em setembro daquele ano, reclamando eleições justas e livres, aumentando a pressão sobre Vargas. Concretamente, Vargas articulava a sua permanência no poder, apoiando-se nos protestos “queremistas”. Sua determinação em extrair vantagens da nova e poderosa máquina de patronagem do governo federal na corrida eleitoral resultou em um novo golpe — desta vez para derrubá-lo — liderado pelas mesmas Forças Armadas e setores conservadores que o haviam sustentado no Estado Novo (Fausto, 2006; Araújo, 2000).

Em 29 de outubro de 1945, Vargas foi deposto e, na falta de um parlamento em funcionamento ou de um vice, assumiu em seu lugar, como interino, o presidente do STF, José Linhares. Sob tutela militar, Linhares teve o mérito de conduzir a redemocratização, organizando o processo eleitoral para a presidência da República, que alçaria o general Dutra à chefia do Executivo. Em sua interinidade, Linhares ainda outorgou a Lei Constitucional nº 12, em 12 de novembro de 1945, convertendo as eleições legislativas — antes convocadas por Vargas — em “Assembleia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil” e restabelecendo o Senado Federal. A mesma Lei

¹²¹ Nos termos do art. 58, caput e §2º, da Constituição de 1891, “Os tribunais federais elegerão de seu seio os seus presidentes” e o “presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei” (Brasil, 1891).

ainda estatuiu que, após a promulgação da Constituição, a Câmara e o Senado passariam a operar como legislatura ordinária (Brasil, 1945a e 1945b; Fausto, 2006; Araújo, 2000).

A gestão interina (1945-1946) promoveu a liberalização da imprensa e do mercado, com privatizações e uma descalibrada abertura comercial. Essas políticas liberalizantes, uma vez mais, não beneficiaram igualmente os movimentos operários ou recém-reabilitado Partido Comunista, que, pra variar, foram alvos prioritários da repressão. A lealdade de Linhares à coalizão conservadora que derrubou Vargas foi amplamente recompensada, com um conjunto de benesses corporativas e também com a recomposição da autonomia do judiciário (Fausto, 2006, Costa, 2006).

De fato, a Constituição de 1946 restaurou a plena independência do judiciário, com a reintrodução da vitaliciedade e da autogestão dos tribunais, permitindo que os magistrados voltassem a eleger os seus próprios presidentes e vices. Também foram restabelecidas importantes funções de contrapeso na alçada própria do STF, como a plena revisão judicial das leis e atos governamentais e a competência para processar e julgar originalmente o presidente da República por crimes comuns. Além disso, foi instituído o Tribunal Federal de Recursos, incumbido da função de corte de apelação em matérias de interesse federal, para endereçar o acúmulo de processos que congestionava a agenda do STF¹²² (Costa, 2006).

A subsequente gestão de Dutra (1946-1950), com o apoio do PSD, da UDN e dos setores militares que participaram da deposição de Vargas, aprofundou a transição para um modelo econômico elitista e excludente. Consolidando o alinhamento aos EUA e rompendo relações com a URSS, no contexto da nascente Guerra Fria, o governo Dutra

¹²² Após a centralização institucional pós- Revolução de 1930, observou-se um aumento substancial nos litígios envolvendo a União e autoridades federais. Esse crescimento contribuiu para uma paralisia progressiva no STF, que, com a extinção da Justiça Federal de 1º grau, enfrentou dificuldades crescentes para gerenciar de forma eficiente o seu acervo processual, com cerca de 1-2 mil julgamentos anuais. Além disso, as incertezas no cenário jurídico-político, exacerbadas pela II Guerra e pela subsequente Redemocratização (1945-1946), produziram um novo repique de processos. Alguns dos casos represados remontavam à I República e mesmo ao extinto Tribunal do Império. Assim, como resposta para endereçar essa sobrecarga, foi criado o Tribunal Federal de Recursos — precursor do atual Superior Tribunal de Justiça (STJ). A intenção era desafogar o STF, delegando a essa nova instância o papel de corte de apelação em matéria federal. Contudo, a medida não alcançou o sucesso esperado, uma vez que a modernização do país e a consequente expansão da litigiosidade aumentaram significativamente o volume de casos. Na década de 1960, o número de processos julgados anualmente pelo Tribunal atingia entre 6-7 mil casos, além de um acervo de aproximadamente 60 mil processos pendentes. Os desafios persistentes enfrentados pelo judiciário brasileiro para gerenciar eficazmente a sua alta demanda refletem as naturais dificuldades do sistema em se adaptar a um contexto de intensivas transformações sociais e políticas (Costa, 2006).

foi implacável na repressão aos trabalhadores, frequentemente contando, para tanto, com os préstimos do aparelho judiciário¹²³ (Fausto, 2006, Costa, 2006).

Para ficar em alguns exemplos, o Partido Comunista (PCB) — tendo obtido 600 mil votos ou 10% do eleitorado na eleição de 1946, elegendo 1 senador e 14 deputados —, viu o seu registro ser arbitrariamente cancelado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 1947, sob vagas acusações de contrariedade aos princípios democráticos. Como resultado, toda a bancada do PCB foi cassada, sem contar com a habitual possibilidade de migração para outras legendas. Cassado, o senador Luís Carlos Prestes tentou desafiar a medida através de um *habeas corpus*, esbarrando no ativismo anticomunista do STF. Além disso, os sindicatos sofreram com expurgos de militantes tachados de comunistas e o governo reprimiu duramente greves e movimentos sindicais — como o Movimento Unitário dos Trabalhadores, associado ao PCB —, sem que o STF, provocado a se manifestar sobre tais abusos, nada fizesse a respeito¹²⁴.

Hostil ao varguismo e aos herdeiros do trabalhismo — possivelmente premido pelo estado de sítio comandado pelo general Lott, no contragolpe que buscou assegurar a posse de Juscelino Kubitschek (JK) —, o STF se viu na contingência de desautorizar o golpismo¹²⁵ e endossar o controverso *impeachment*¹²⁶ de Café Filho. Não, claro, sem o

¹²³ Após a queda de Vargas, a maioria do STF foi nomeada por Linhares e por Dutra, sendo composta por juristas formados na virada do século XIX-XX, sob forte influência do pensamento positivista conservador. Esses magistrados naturalizavam o Exército como um interlocutor crucial na política, endossando a sua influência crescente na vida pública. Assim, sob a Constituição de 1946, a jurisprudência do STF seguiu conservadora e ainda mais antipopular, endossando um liberalismo superficial e alinhando-se majoritariamente às tendências autoritárias das elites brasileiras. Além disso, no campo dos costumes, o Tribunal também esboçou um forte compromisso com a Igreja Católica, rejeitando iniciativas que favorecessem o divórcio e o aborto (Costa, 2006).

¹²⁴ Costa (2006) relata que, com a transferência da responsabilidade pela repressão para a Justiça Militar, a perseguição intensificou-se. As sedes do PCB foram invadidas pela polícia, que confiscou documentos e expulsou funcionários, sem dispor de um mandado judicial sequer. Publicações à esquerda enfrentaram a crescente censura, e a detenção generalizada de líderes comunistas — como Luís Carlos Prestes, João Amazonas e Maurício Grabois — ocorreu a despeito de sua questionável legalidade. Essas ações foram, no entanto, sistematicamente referendadas pelo STF, que negou sucessivos pedidos de *habeas corpus* apresentados em defesa dos alvos da repressão.

¹²⁵ Ainda assim, como rememora Costa (2006), com o desgaste enfrentado pelo governo JK em sua fase final, de estagnação e hiperinflação, o STF chegou a conceder *habeas corpus* aos golpistas do Levante de Aragarças, em 1959.

¹²⁶ Reagindo à conspiração para impedir a posse de JK, o então ministro da Guerra, Henrique Teixeira Lott, comandou, em ritmo expedito, dois *impeachments* presidenciais, em um Congresso sob cerco militar. O primeiro alvejou Carlos Luz, presidente da Câmara, que assumira a presidência da República após a inesperada licença médica de Café Filho; o segundo foi o deste próprio, ao tentar reassumir o cargo. Os processos se desfecharam em poucas horas, sem a observância do rito estabelecido pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Assim, ainda que o inusual contragolpe “legalista” tenha garantido a ordem constitucional, o seu atropelo dava claros sinais do esgotamento da governança instituída pela Constituição de 1946 e do crescente intervencionismo militar. Golpismo por contragolpismo, prevaleceu este, marcado por um inédito viés “legalista”, garantindo a posse de JK e do seu vice, João Goulart (Fausto, 2006; Costa, 2006; Westin, 2015).

registro de lamentações nos votos de ministros como Mário Guimarães¹²⁷ e Ribeiro da Costa¹²⁸. Este último, em um inflamado discurso republicano de ocasião, ousou determinar a reassunção de Café Filho, como o único voto dissidente. Contudo, as inclinações do ministro Ribeiro da Costa, para adquirirem concretude, ainda teriam que aguardar o ano de 1964, quando, entusiasmado, do alto da presidência do STF, teve a oportunidade respaldar juridicamente o Golpe Militar (Fausto, 2006; Costa, 2006).

Na IV República (1945-1964), a economia brasileira, para guarnecer o seu crescente mercado interno, tornou-se mais dependente da industrialização e dos investimentos externos, enquanto as *commodities* agrícolas seguiram centrais nas exportações. Alinhada à Doutrina Truman e sob influência de corporações americanas, interessadas em concessões de telecomunicações e na exploração do petróleo, a Constituinte desmantelou o modelo varguista, que, a despeito dos subsequentes esforços de restauração, acabou sucumbindo de vez (Fausto, 2006; Costa, 2006).

Assim, a resultante Constituição de 1946 impôs uma inflexão no projeto nacional-desenvolvimentista, encarnando o crescente choque de interesses entre grupos concorrentes. Se opondo ao dirigismo do Estado Novo, os industriais buscavam manter suas proteções comerciais, ao passo que a agroindústria buscou mais abertura para impulsionar suas exportações. Ambos convergiam no rechaço à proteção trabalhista, embora recebessem de bom grado o paternalismo estatal na forma de subvenções e subsídios. Por outro lado, os operários pressionavam por mais direitos e participação na política, enquanto o capital externo buscou demolir as barreiras à sua livre circulação e promover a abertura competitiva do mercado nacional. Desse tensionamento multidirecional, seguiu-se uma janela histórica de grande conturbação, com um crescente alinhamento ao capital financeiro, a despeito de, no mais, haver certo continuísmo na

¹²⁷ No julgamento do Mandado de Segurança nº 3557, impetrado por Café Filho, o ministro Mario Guimarães destacou que, se o Congresso e as Forças Armadas depuseram o ex-presidente por suspeita de envolvimento numa conspiração para impedir a posse de JK, não haveria de consentir com o seu retorno, ainda que amparado por uma ordem judicial. Resignado, defendeu reconhecer o “governo de fato” estabelecido, já que o judiciário não poderia “ordenar uma contrarrevolução, o que jamais se viu em qualquer parte do mundo”. Assim, optou por uma saída evasiva, não admitindo o pedido. Declarou, no entanto, que, caso o Tribunal conhecesse do mandado de segurança e tivesse que julgá-lo no mérito, concederia a ordem requerida (Costa, 2006, p.134).

¹²⁸ No julgamento do Mandado de Segurança nº 3557, impetrado por Café Filho, o ministro Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, entendendo pela ilegalidade *do impeachment* do ex-presidente — após uma longa preleção sobre republicanismo, separação de poderes, democracia e devido processo legal —, chegou às raízes de conceder a ordem requerida, “para que a Câmara dos Deputados [...] tome as providências que quiser para que o presidente Café Filho se empossasse no cargo de que é o legítimo detentor” (Costa, 2006, p.133).

tradição nacional de modernização conservadora (Costa, 2006; Vianna, 1976; Draibe, 1985).

Nesse período, o Brasil atravessou um intenso processo de industrialização, enquanto sua população saltou de 41 para 70 milhões de habitantes, tornando-se majoritariamente urbana, com 64% da população vivendo nas cidades. O êxodo rural se intensificou, impulsionado pela gradativa mecanização agrícola e pela busca por melhores condições de vida, fomentando o crescimento das favelas e a formação de novas classes sociais à margem dos grandes centros urbanos (Fausto, 2006; Costa, 2006; Draibe, 1985).

Essa crescente complexidade e divisão do país refletiu-se inevitavelmente em um parlamento fragmentado, levando os governos frágeis do período a frequentes impasses e janelas de paralisia decisória (Santos, 1973). Contudo, se o Judiciário recuperou plenamente as suas prerrogativas com a Constituição de 1946 e manteve ampla sintonia com os interesses da classe dominante, que fatores teriam determinado a sua relativa timidez diante dessa propícia paisagem da República Populista?

Fato é que, a despeito de suas divisões e das crescentes pressões de novos movimentos sociais, o sistema político seguiu amplamente insulado das camadas populares, uma vez que a baixa taxa de alfabetização do país seguia alijando a maior parte da população do processo eleitoral¹²⁹. Além disso, embora o crescimento da presença de líderes operários e sindicais mais autonomizados na arena política tenha produzido apreensão entre os setores conservadores, as Forças Armadas foram capazes de preservar a ordem estabelecida por meio do recorrente recurso à violência política — frequentemente respaldada pela jurisprudência do STF. Assim, no ápice da efervescência dos debates sobre as Reformas de Base, a simples possibilidade de uma cidadania ampliada e de reformas sociais mais abrangentes — impulsionada por um governo isolado e politicamente fragilizado, cujas reais condições de implementação eram incertas — tornou-se pretexto suficiente para precipitar o Golpe de 1964 (Fausto, 2006; Costa, 2006).

Na tutela da democracia brasileira, a transferência das funções “moderadoras”, do estamento militar ao círculo da burocracia e das togas, ainda aguardaria o desenrolar de

¹²⁹ De acordo com dados do Tribunal Superior Eleitoral (Brasil, 1945 e 1960) e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Brasil, 2023), o eleitorado brasileiro, em 1945, era de aproximadamente 7,5 milhões de pessoas, em uma população total de cerca de 45,7 milhões de habitantes. Já em 1960, na última eleição antes do Golpe Militar, o número de eleitores subiu para 15,5 milhões, enquanto a população brasileira alcançou para 78,9 milhões. Ao longo da IV República, portanto, a proporção de eleitores oscilou entre módicos 16,4% e 19,64% da população, refletindo a exclusão da maior parte da sociedade do processo eleitoral, ante a exigência da alfabetização como requisito para o voto.

um brutal Ditadura Civil-Militar, que aprofundaria a cultura política autárquica do país, empoderando a máquina do governo federal e fortalecendo a coordenação exercida pelo STF no âmbito do caótico sistema judicial brasileiro, a serviço desse mesmo projeto recentralizador.

Endossando o Golpe, o STF seguiu em compasso de espera, supondo que a janela de autoritarismo seria breve e não resvalaria diretamente em sua autoridade, dada a sua cooperação. Mas não tardou para que os atos de exceção do governo Castelo Branco chegassem ao seu guichê e, já na fase inicial da Ditadura, o Tribunal foi sucessivamente intimado a se manifestar sobre a legitimidade de cassações, prisões arbitrárias e atos de censura e repressão praticados com fundamento no primeiro Ato Institucional, de 9 de abril de 1964 (Costa, 2006; Recondo, 2018).

Naquela quadra histórica, a ordem constitucional adotou a feição do que Loewenstein (1979) nomeia como “semântica”. Nesse arranjo, o direito positivo se limita a formalizar a correlação de forças existente, sem determinar minimamente os modos de realização do poder, que só se limitam por suas próprias contingências. Assim, embora o regime tenha “mantido” inicialmente a Constituição de 1946 e, posteriormente, adotado a Carta de 1967, a sua governança constitucional se realizou principalmente a reboque dos “Atos Institucionais”, outorgados à revelia dos mecanismos formais de reforma constitucional, sempre ditados pelas necessidades conjunturais da Ditadura¹³⁰.

Buscando transmitir um ar de normalidade institucional após apelar o governo *de jure*, o presidente Castelo Branco, recém-vestido e cioso de afetações “legalistas” de superfície, visitou o STF, sendo ciceroneado por seus magistrados. O ministro Ribeiro da Costa, presidente da Corte, afirmou, em pronunciamento, que, tempos de crise reclamavam o “sacrifício pontual de certos valores democráticos”, numa menção à paranoia anticomunista que vicejava naquele contexto de Guerra Fria. O STF possivelmente supôs-se capaz de se afirmar como um árbitro acima das disputas políticas conjunturais, mas, na prática, a sua independência já foi comprometida de partida, ao se aliar ao Golpe: não tardaria para que ficassem claros os limites à sua pretensão (Costa, 2006).

¹³⁰ Aqui, vem à tona uma intersecção histórica frequente entre o pensamento dos militares e o dos juristas nacionais, que enxerga a norma jurídica não como um fruto substantivo do consentimento democrático ou como elemento geral, abstrato, prévio e impessoal de regulação dos conflitos, mas como uma mera formalização proclamatória de desígnios de autoridade. O Direito, aqui, despoja-se fundamentalmente do seu caráter limitador da discricionariedade, adquirindo ares meramente legitimistas, como se fosse uma espécie de recitação encantada que, uma vez pronunciada, converte, num passe de mágica, o arbítrio em justiça legal.

Supondo de forma vã que o ciclo militar se ultimaria brevemente, com as eleições presidenciais já programadas para 1965, o STF sentiu-se confortável para desafiar pontualmente o regime. Nesse cenário, a concessão de *habeas corpus* a presos políticos acabou produzindo tensões significativas com a facção mais radical das Forças Armadas — a “Linha Dura”. A Corte, buscando preservar sua autoridade como instância revisora final e impor limites à expansividade da Justiça Militar, concedeu *habeas corpus* a figuras como Mauro Borges¹³¹, em 1964, e Miguel Arraes¹³², em abril de 1965. Em 27 de setembro de 1965, o Tribunal enfrentou uma decisão mais sensível, ao libertar o líder camponês Francisco Julião¹³³, apontado ilegalidades no alongamento excessivo de sua prisão cautelar, sem que houvesse uma condenação definitiva (Costa, 2006, Keller, 2023).

A libertação de Julião — tido como uma figura subversiva capital — reclamou a intervenção direta do presidente Castelo Branco, que, por seus brios legalistas, agiu para assegurar a execução da ordem. O STF também se preparava para conceder um *habeas corpus* a Juscelino Kubitschek, que, tendo inicialmente apoiado o Golpe, foi cassado do mandato de senador e alvo de múltiplos inquéritos militares. A despeito da suspensão dos seus direitos políticos, JK era visto como um forte candidato, caso fosse mantida a promessa da eleição presidencial direta, agora programada para 1966¹³⁴ (Costa, 2006).

¹³¹ Mauro Borges Teixeira foi um ex-oficial militar que, sufragado pelas urnas, governou o estado de Goiás entre 1961 e o final de 1964. Eleito pelo PSD de Juscelino, Borges perfilava a mesma linha de desenvolvimentismo conservador do ex-presidente. E, embora tenha participado da Rede da Legalidade que sustentou a posse de João Goulart, o seu faro político não o impediu de endossar o Golpe, empunhando o rebatido discurso anticomunista e aproximado-se da gestão Castelo Branco. Sua situação política só ficou insustentável diante da ascensão da chamada “Linha Dura”, que tinha ambições próprias para o governo goiano. Assim, acuado por sucessivas investigações conduzidas por militares, Borges acabou cassado e tendo os seus direitos políticos suspensos. Já destronado, receando uma prisão iminente, recorreu ao STF postulando a paralisação dos inquéritos militares que corriam em seu desfavor (Bigliazzi, 2015).

¹³² Miguel Arraes de Alencar foi eleito governador de Pernambuco por uma dissidência do PSD e permaneceu no cargo até ser deposto e preso nos primeiros dias do Golpe Militar de 1964, após recusar-se a renunciar sob coação. Sua clara identificação com princípios trabalhistas ficou evidente por seu forte vínculo com os sindicatos e pela imposição do salário-mínimo, no campo, aos poderosos proprietários de usinas pernambucanas. A medida foi suficiente para que fosse tachado de “comunista” e vitimado pela truculência da Ditadura, sendo mantido preso até 1965, quando, beneficiado por um *habeas corpus*, pôde rumar ao exílio (Gaspari, 2014).

¹³³ Francisco Julião foi um influente advogado, político e ativista brasileiro. Nascido em uma família tradicional pernambucana, Julião se destacou por sua atuação em favor dos trabalhadores rurais e contra as injustiças sociais no campo. Após se formar em Direito no Recife, dedicou-se à advocacia popular e emergiu como uma figura central das Ligas Camponesas. A sua liderança no movimento o projetou à Câmara dos Deputados, eleito pelo PTB de Getúlio Vargas e de João Goulart. Com o Golpe de 1964, acabou cassado e preso, sob rebatidas acusações de comunismo e subversão (Keller, 2023).

¹³⁴ Recorde-se que Castelo Branco foi eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, apenas para cumprir o saldo residual do mandato de Jango, que terminaria em 31 de janeiro de 1966, mantendo-se as eleições diretas convocadas para 3 de outubro de 1965. No entanto, o governo logrou aprovar a Emenda Constitucional nº 9, de 22 de julho de 1964, prorrogando o seu mandato até 15 de março de 1967 e, por conseguinte, adiando as eleições presidenciais diretas para novembro de 1966. Estas, porém, por força do AI nº 2/65, jamais ocorreriam (Brasil, 1964a, 1964b, 1965).

Numa aceno de Castelo à “Linha Dura”, começou a circular a proposta de se aumentar o número de ministros do STF, como uma solução intermediária para o impasse, que diluiria a influência dos juízes mais resistentes ao regime, sem recorrer à medida extrema de cassá-los. Contudo, o estopim veio de uma declaração pública do ministro Ribeiro da Costa, em 20 de outubro de 1965, que condenou abertamente a tentativa de interferência do regime sobre o Tribunal¹³⁵ (Costa, 2006; Keller, 2023).

A resposta veio uma semana depois, na forma do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que elevou de 11 para 16 os assentos no Tribunal, abrindo caminho para que o regime fabricasse uma maioria governista automática no plenário, inibindo as crescentes dissidências. Já no preâmbulo, o Ato foi claro em seu recado: “a revolução está viva e não retrocede [...], insistindo patrioticamente em seus propósitos”. Na mesma passagem, ainda se apontou que o regime precisaria de “tranquilidade” para alcançar os seus fins e que “agitadores de vários matizes e elementos da situação” estariam ameaçando a “ordem revolucionária, precisamente no momento em que” se buscava inserir “o povo na prática e na disciplina do exercício democrático” (Costa, 2006; Brasil, 1965a).

O AI nº 2/1965 também (1) extinguiu os partidos políticos, impondo um bipartidarismo artificial; (2) restabeleceu os poderes cassatórios do regime; e (3) sepultou de vez a expectativa de retomada das eleições presidenciais, eternizando, nas duas décadas seguintes, o modelo de eleição indireta que consagrou Castello Branco e os subsequentes generais-ditadores. Por fim, o Ato (4) vedou expressamente a contestação judicial dos atos de exceção praticados com fundamento em seus termos ou no AI nº 1/1964 (Brasil, 1965a).

Após assegurar uma nova e confortável maioria na Corte e neutralizar o Congresso com a ameaça de novas cassações, o governo buscou instrumentalizar o STF a serviço dos esforços de centralização política. Assim, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu-se, no país, a “representação de inconstitucionalidade”, uma ação concentrada, com efeitos gerais e vinculantes (*erga*

¹³⁵ Como rememora Costa (2006, p.166), no episódio, o ministro Ribeiro da Costa — antes um entusiasta do Golpe —, bastante aborrecido, chegou a comparar os militares aos agitadores “comunistas” do governo Goulart, na tumultuada Revolta dos Sargentos, ocorrida em 1963: “Já é tempo de que os militares se compenbrem de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação, como há pouco fizeram, em estarrecedora quebra de sagrados deveres, os sargentos, instigados pelos Jangos e Brizolas”.

omnes), que examinaria a constitucionalidade em tese das leis, em linha com o controle abstrato concentrado de matriz austríaca (Brasil, 1965b; Barroso, 2012).

Esta medida, promovível exclusivamente pelo Procurador-Geral da República — reduzido a um laçao do governo desde a Era Vargas —, evidentemente não visava a proteção dos direitos fundamentais. Em vez disso, no contexto de consolidação da Ditadura, buscou organizar, numa perspectiva *top-down*, o caótico e paroquial sistema judicial brasileiro. Assim, com o julgamento dessas “representações” — no exclusivo interesse do governo federal — pelo plenário de um STF domesticado, toda a burocracia do país estaria automaticamente vinculada, minimizando-se eventuais contratempos isolados e alinhando-se a máquina judicial às prioridades do regime¹³⁶ (Costa, 2006; Brasil, 1965b).

Ainda assim, com as agitações estudantis e sindicais do memorável ano de 1968, o STF e o Congresso viram uma nova oportunidade para afirmar sua autoridade e desafiar o regime. Impulsionado pelos crescentes protestos em massa e pelo aumento do descontentamento em setores anteriormente leais ao regime, o governo de Costa e Silva respondeu intensificando a repressão e, conseqüentemente, ampliando o seu próprio isolamento. Nesse contexto, o Congresso negou a autorização requerida pelo governo para processar o deputado Márcio Moreira Alves, por um célebre discurso condenando a repressão estudantil. E o STF, de sua alçada, ordenou a libertação de 81 estudantes presos desde junho de 1968 (Costa, 2006; Fausto, 2006).

Aproveitando-se do passo em falso, o governo, em 13 de dezembro de 1968, editou o Ato Institucional nº 5, que fechou o Congresso, eternizou os poderes cassatórios do regime e suspendeu a garantia do *habeas corpus* quanto a acusações de crimes políticos. No plano judicial, ainda suspendeu a vitaliciedade, permitindo a aposentação compulsória de magistrados. O próprio STF teve três dos seus ministros aposentados compulsoriamente — Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva —, por sua maior identificação com a herança getulista. Além disso, no mesmo contexto, experimentou outras duas aposentadorias voluntárias — do presidente Antônio Gonçalves de Oliveira e de Antônio Carlos Lafayette de Andrada —, que se retiraram em protesto

¹³⁶ Reforçando tal interpretação, registre-se que a Ditadura, por meio da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, instituiu o Conselho Nacional da Magistratura, incumbindo-o de “conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, podendo avocar processos disciplinares contra Juizes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço”. O órgão seria o germe para o Conselho Nacional de Justiça, instituído no contexto da Reforma Judiciária de 2004 (Brasil, 1979 e 2004).

contra a redução da Corte ao papel de fantoche coacto e se antecipando a potenciais novas cassações (Costa, 2006. Brasil, 1968).

Aproveitando-se das baixas, o regime editou, em seguida, o Ato Institucional nº 6, de 1 de fevereiro de 1969, restabelecendo a composição do Tribunal nos tradicionais onze assentos. Antes do AI nº 5/1969, os embates do STF com o regime espelhavam mais um esforço de afirmação da própria autoridade que propriamente uma simpatia por elementos de contestação à ordem autárquica. Contudo, após esse marco, mesmo os esforços autorreferidos do Tribunal foram desmantelados e, com uma composição renovada e dócil ao regime, o STF voltou a perfilar uma postura de extensiva colaboração com a Ditadura, alinhando-se às suas expectativas e produzindo uma jurisprudência que condescendeu ou fez vista grossa aos seus notórios abusos (Brasil, 1969; Costa, 2006; Câmara, 2017).

Vislumbrando mais uma oportunidade de instrumentalização do STF como braço da centralização política nos anos seguintes, o regime ainda instituiu — por meio da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 — a “ação avocatória”. Este expediente — por solicitação do Procurador-Geral da República e sob o vago pretexto de “perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas” — possibilitava a formulação de um pedido liminar direto ao STF, para suspender os efeitos de decisões adversas emitidas por instâncias judiciais inferiores, subindo-se imediatamente o caso, para que fosse julgado, também no mérito, pelo Tribunal. Esse “elevador” sem escalas entre as instâncias infringia abertamente o primado do juízo natural, sempre operando, claro, a favor dos interesses estratégicos da Ditadura (Brasil, 1977; Costa, 2006).

Com as Crises do Petróleo, os choques de juros¹³⁷ da gestão Carter (1977-1980) e Reagan (1981-1989) e a progressiva desintegração da União Soviética, a Ditadura dobrou-se sobre os seus próprios escombros. Sem o apelo da Guerra Fria, a

¹³⁷ Indicado por Jimmy Carter e mantido no cargo por Ronald Reagan, Paul Volcker presidiu o Federal Reserve (FED) de 1979 a 1987, tornando-se símbolo de uma política monetária agressiva para conter a inflação nos Estados Unidos. Sua gestão marcou um ponto de inflexão rumo à lógica neoliberal, pautada pela liberalização dos mercados, reformas estatais, abertura comercial e políticas de austeridade. A pretexto de frear a alta dos preços, que se seguiu após o abandono do padrão ouro-dólar por Nixon, Volcker escalou a taxa básica de juros americana (*Federal Funds Rate*) de aproximadamente 4,7%, em 1979, para um pico de cerca de 20%, em junho de 1981. Embora a inflação tenha sido drasticamente reduzida, o ajuste veio ao custo de uma brutal recessão, com alta no desemprego. No Brasil, os reflexos foram igualmente devastadores, mas com sinais diferentes: a disparada do dólar desencadeou fuga de capitais, redução das importações, pressão sobre as exportações, escalada da dívida pública atrelada à divisa norte-americana e uma crise econômica e política generalizada, que sepultou de vez a cambaleante Ditadura (Treaster, 2004; Harvey, 2008; Fausto, 2006).

redemocratização passou a ser requerida tanto no plano externo, pelos EUA, quanto internamente, com o crescimento de movimentos de massa nas ruas, exigindo a abertura política. A Ditadura tornou-se inútil aos interesses do Capital, mas ainda teria uma tarefa residual: pilotar o processo de transição, com o bloqueio do movimento “Diretas Já” e a eleição indireta que, pelo infortúnio da morte de Tancredo Neves, resvalaria na gestão José Sarney (1985-1990). Desfechando-se com um civil eleito indiretamente, recrutado direto dos quadros do regime, a ordem de violência política inaugurada em 1964 se metamorfosearia numa democracia constitucional que, a despeito da pujança democrática da Constituinte (1987-1988), conservaria amplos traços de centralização e tutela.

De fato, a transição controlada — “lenta, segura e gradual”, nos dizeres do ditador Ernesto Geisel — permitiu que, no pós-Ditadura, os interesses das elites antes enfronhadas com o regime assumissem a forma de uma labiríntica governança constitucional, centrada em elementos da linguagem dos direitos como “segurança jurídica”, “direito adquirido”, “ato jurídico perfeito”, “coisa julgada”, “irretroatividade” e “anistia”, dentre tantos outros. O preço a ser pago pela democracia não seria nada módico e passaria, uma vez mais, pela limitação dos seus potenciais mais amplos, empoderando instâncias de tutela não sufragadas.

Com a Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, removeu-se, enfim, o óbice ao voto dos analfabetos, que seguem até os dias de hoje, no entanto, sob anacrônicos argumentos capacitistas, privados das condições de elegibilidade para postular mandatos representativos. Em 1985, a população brasileira alcançara a marca de 132,7 milhões de habitantes e, após avanços na educação básica nas décadas antecedentes, o contingente de analfabetos foi reduzido a 18,3 milhões. Assim, nas eleições parlamentares de 1986, convocadas para o que se tornaria a Assembleia Constituinte, compareceram surpreendentes 69,1 milhões de eleitores. A remoção tardia dessa barreira, de qualquer modo, não deixa de se relacionar ao seu potencial já bastante mitigado de limitar uma experiência democrática ampliada. O elitismo democrático, portanto, haveria de tomar forma por vias alternativas para disciplinar as massas (Brasil, 1986, 2023 e 2025).

Com a Constituição de 1988 — amplamente inspirada na Lei de Bonn (1949) e em sua governança liberal centrada no discurso da “dignidade da pessoa humana” —, a “representação de inconstitucionalidade” tornou-se a “Ação Direta de Inconstitucionalidade” (ADI), inspirada na matriz austro-alemã de controle abstrato. Somaram-se a ela outras duas inovações do controle concentrado: a “Ação Declaratória

de Constitucionalidade” (ADC)¹³⁸ e a “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” (ADPF)¹³⁹. A representação interventiva, criada já na Era Vargas, foi convertida em “Ação Direta Interventiva” (ADI Interventiva), que conservou as linhas gerais do seu delineamento original, seguindo sob o monopólio da iniciativa do Procurador-Geral e com uma função meramente residual no contexto das intervenções federativas. Além disso, ressoando com as lições de Kelsen (2003), a Constituição de 1988, em seu art. 102, foi clara ao estatuir que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (Brasil, 1988; Barroso, 2012).

Ao lado das ações do controle concentrado abstrato listadas, a Constituição de 1988 preservou o modelo de controle difuso, de inspiração americana, por meio do qual qualquer juiz ou tribunal — pela maioria dos seus membros (*full bench clause*) — pode pronunciar a inconstitucionalidade de leis ou atos do poder público, mas de forma meramente incidental¹⁴⁰, com efeitos retroativos (*ex tunc*) — desde a edição do ato inválido — e restrito às partes do litígio (*inter partes*), cabendo ao STF a palavra final, por meio do julgamento dos “recursos extraordinários”. Nesta hipótese, a conferência de efeitos vinculantes gerais (*erga omnes*), mesmo nos incidentes julgados pelo STF, seguiram dependendo de uma resolução do Senado Federal¹⁴¹, conservando o arranjo de mediação política introduzido já na Constituição de 1934 (Brasil, 1988; Barroso, 2012).

¹³⁸ O objetivo singelo desta modalidade de ação concentrada foi permitir que, quando houvesse controvérsia sobre a aplicação de uma lei federal, o governo pudesse, em vez de pedir ao STF, por uma firula processual, a sua declaração de “inconstitucionalidade”, pela via de uma ADI, pudesse expressamente solicitar a confirmação da validade de leis de seu interesse, neutralizando oposições pulverizadas na máquina judicial. A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, promulgada no contexto dos esforços de estabilização econômica da gestão Itamar Franco (1992-1994), fez constar expressamente, no texto da Constituição de 1988, que “as decisões definitivas de mérito”, proferidas pelo STF, “nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (Brasil, 1993; Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023; Moraes, 2017).

¹³⁹ O escopo dessa nova ação é bastante amplo, pois torna impugnável qualquer “ato do poder público”, sem se restringir exclusivamente às leis ou ao direito federal e estadual pós-Constituição de 1988. Livremente admissíveis conforme a discricionariedade de agenda do próprio STF na interpretação da “subsidiariedade” do seu cabimento, as ADPFs possibilitam um controle mais abrangente sobre ações e omissões consideradas inconstitucionais, em todos os níveis da federal, em relação a normas e atos administrativos *lato sensu*, tanto em relação a atos concretos quanto a normas gerais, ampliando o espaço para uma intervenção mais profunda no contexto da regulação judicial das políticas públicas (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023; Moraes, 2017).

¹⁴⁰ Diz-se que o julgamento é “incidental” (*incidenter tantum*) na medida em que a discussão sobre a inconstitucionalidade da norma se dá de forma prejudicial, como uma etapa necessária e prévia, para que se avance, por fim, ao julgamento do mérito do caso concreto, que encerra o real interesse do litigante. Aqui, o que se busca não é propriamente a invalidação da regra, mas o seu afastamento circunstancial, nos limites subjetivos da causa factual sob apreciação do juízo ou tribunal competente (Barroso, 2012).

¹⁴¹ O STF faz vista grossa à disposição expressa do art. 52, X, da Constituição de 1988. Em obra acadêmica, o ministro Gilmar Mendes e o Procurador-Geral Paulo Gonet sustentam que a relevância do Senado na suspensão de leis julgadas inconstitucionais mostrou-se inadequada diante das necessidades de um controle mais efetivo e imediato das normas inconstitucionais. Para os autores, tal arranjo “medrava

Em todas as modalidades de controle, caso julguem que a regra geral de desconstituição dos efeitos derivados do ato inconstitucional seja ainda mais lesiva para o interesse público que a sua manutenção, os tribunais podem “modular” os efeitos de sua decisão, por uma supermaioria de dois terços¹⁴² do plenário, delimitando a sua vigência a contar da decisão, de forma prospectiva (*ex nunc*), ou a partir de uma data futura proporcionalmente arbitrada (*pro futuro*), que permita a adaptação eventualmente necessária. A despeito dessa regra expressa, o STF e os tribunais tendem a modular suas decisões por mera maioria absoluta, negligenciando tal comando legal¹⁴³ (Brasil, 1999a e 1999b).

certa concepção da divisão de Poderes, há muito superada” (Mendes e Branco, 2023, p. 205). Com a Constituição de 1988, a ampliação do controle abstrato de normas transformou significativamente a prática do controle de constitucionalidade no Brasil, com novas ações e um amplo rol de legitimados. Assim, com a predominância do controle abstrato, o controle difuso ou incidental, teria tido o seu significado e impacto reduzidos, pela incapacidade desse modelo de produzir efeitos erga omnes, limitando as decisões àquelas partes envolvidas no caso. Os autores condenam a prática de requerer que o Senado suspenda a execução de leis inconstitucionais, pela “politização” e “ineficiência” desse modelo e, para fazer tábula rasa do comando expresso da Constituição, falam em “mutação constitucional”: o sentido dessa cláusula, a despeito de não ter havido alteração em seu texto, teria passado por uma mudança de sentido. Assim, Mendes e Branco (2023, p. 206) sustentam que “a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”, como se o Senado fosse um cartório do Tribunal. Seja como for, é rigorosamente essa a orientação jurisprudencial do STF, especialmente a partir do julgamento da Reclamação nº 4335-AC (Brasil, 2014). O argumento é tão sofisticado e sedutor quanto falso e perigoso. Esse processo deliberado de subversão do sentido das regras, promovido a reboque de eruditos passes hermenêuticos da magistratura, pode minar a rigidez constitucional em prol de conveniências momentâneas, ainda que seja levado muito a sério pela dogmática constitucional. Para ficar num exemplo, Bulos (1997) nomeia a “mutação constitucional” como uma manifestação do que denomina como um “poder constituinte difuso”, a reboque do qual os juízes poderiam impulsionar um processo de alteração informal da Constituição. Aqui, no entanto, há um completo abandono às lições do poder constituinte enquanto emanção da soberania popular, fruto do consentimento eleitoral. Seja como for, com a introdução da súmula vinculante, pela Reforma Judiciária de 2004, e, mais recentemente, com a introdução de um *stare decisis* paliativo pelo Código de Processo Civil de 2015, a temática tornou-se bastante secundária.

¹⁴² Nos termos do art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula o processamento das ADIs e das ADCs no STF, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que regula a ADPF, dispõe, de igual modo, em seu art. 11, que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Por analogia, a prática era estendida igualmente ao controle difuso (Brasil, 1999a e 1999b; Barroso, 2012).

¹⁴³ Na Questão de Ordem nº 1, suscitada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 958,252, sob a relatoria do ministro Luis Fux, julgada em 14/08/2022, o STF decidiu que, a despeito da legislação, o quórum necessário à “modulação” de efeitos seria de mera maioria absoluta, ao menos nos recursos extraordinários. Apesar disso, na ADI nº 2.154, relatada pela ministra Carmen Lúcia, julgada em 03/04/2023, e também na ADI nº 2.231, sob relatoria do ministro Roberto Barroso, julgada em 22/05/2023, o Tribunal confirmou a constitucionalidade das leis que requerem a maioria de dois terços para a modulação de efeitos decisórios (Brasil, 2022, 2023a e 2023b).

Uma das grandes inovações da Constituição de 1988 foi, contudo, ampliar o rol de legitimados para a propositura das ações de controle concentrado¹⁴⁴. Assim, ao lado do Procurador-Geral da República¹⁴⁵ — que antes monopolizava tal iniciativa —, foram habilitados também o presidente da República; as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e partidos políticos com representação¹⁴⁶ no Congresso Nacional. Desde que comprovem seu interesse setorial na causa, também podem ajuizar tais ações os governadores e as mesas dos parlamentos estaduais, além das confederações sindicais e das entidade de classe de âmbito nacional. Recorde-se que a literatura comparada aponta, na diversificação dos legitimados para acionar diretamente o “guichê” da Corte Constitucional um fator necessário — mas insuficiente — para o impulsionamento da judicialização da política (Tate, 1995; Hirschl, 2004; e Ginsburg, 2003; Brasil, 1988; Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023; Moraes, 2017).

A redemocratização “lenta, segura e gradual” permitiu que as elites que suportavam o regime militar se aliassem à oposição para bloquear reformas sociais mais abrangentes, entrincheirando privilégios nas frestas da nova ordem constitucional e precavendo-se de possíveis impulsos revanchistas. Além disso, o processo constituinte foi conduzido sob um governo egresso da ordem conservadora, numa janela tumultuada pela síncope do nacional-desenvolvimentismo e de crescente abertura à racionalidade neoliberal, num cenário que tornou bastante duvidosa a realização dos ambiciosos compromissos econômicos e sociais vagamente assumidos pela Constituição de 1988. Para os elementos da ordem, a Constituição franqueou garantias claras e plenas; para as demandas sociais, no entanto, se limitou, em boa medida, a delinear diretrizes e compromissos programáticos (Koerner, 2013).

A eleição de Fernando Affonso Collor de Mello, em 1989, refletiu a eficácia desse rearranjo entre liberais e conservadores, que — ao associar a liberalização política à abertura econômica — conseguiram se reinventar com sucesso como “democratas

¹⁴⁴ À exceção da ADI Interventiva, que segue sob monopólio do Procurador-Geral (Barroso, 2012).

¹⁴⁵ Cabe lembrar que a Constituição também autonomizou substancialmente o Ministério Público, que saiu da alçada de influência direta do Executivo, conferindo um mandato bianual ao seu Procurador-Geral, além de franquear ampla autonomia financeira, orçamentária, administrativa ao órgão (Brasil, 1988; Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023; Moraes, 2017).

¹⁴⁶ Para atender a essa barreira, basta dispor de um único deputado federal ou senador da República, apenas no momento da propositura da ação. No julgamento do Agravo Interno na ADI nº 2618, julgado em 12/08/2004, o STF reformou sua jurisprudência no sentido de “reconhecer que a perda superveniente de representação parlamentar não desqualifica o partido político como legitimado ativo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade”. Na Alemanha, que inspirou o modelo, requer-se um quarto da representação da Câmara Baixa para idêntico fim (Brasil, 1988 e 2006; Heun, 2016; Barroso, 2012).

novos”. Essa transformação no cenário político brasileiro ecoou, assim, a tendência geral da “terceira onda” de judicialização, promovendo o ajustamento do modelo constitucional do país à dinâmica global hegemônica. Assim, as mudanças promovidas no quadro jurídico, se foram alentadas pelas demandas democratizantes emergentes das ruas, também foram profundamente determinadas pelo ímpeto reformista da nascente globalização neoliberal (Koerner, 2013; Hirschl, 2004; Slobodian, 2018).

De fato, um dos trunfos do *ethos* neoliberal é acoplar a proteção do capital à linguagem dos Direitos Humanos, forjando uma justificativa moralizante para a sua intangibilidade transnacional. Nessa gramática jusnaturalista renovada, a democracia é condenada a operar dentro de limites estreitos, que jamais exponham o sistema de mercado aos seus indissociáveis custos sociais. Como se verá nos capítulos seguintes, figuras como Friedrich Hayek e Wilhelm Röpke argumentavam que a democracia deve ser “constrangida” para impedir que movimentos populares, especialmente aqueles organizados pela classe trabalhadora, contestem a livre circulação de capitais ou o livre comércio competitivo global (Slobodian, 2018).

A propósito, como recorda Slobodian (2018), é do contexto da *Mont Pelerin Society* que emerge o conceito de “democracia militante” — hoje tão em voga. Nessa governança, as instituições devem funcionar como árbitros autonomizados da sociedade para “protegê-la” de si mesma — ainda que ao custo de severa relativização dos direitos fundamentais —, resguardando o sistema econômico e isolando-o de demandas redistributivas “radicais”. No guarda-chuva desse autoritarismo ilustrado, os liberais devem ter a “coragem de ser intolerante com os intolerantes”¹⁴⁷, diante de movimentos ou ideologias que desafiem a ordem política e econômica estabelecida. Não há lugar, porém, para interrogar as causas subjacentes à expansão do radicalismo, na medida em que a democracia constitucional, não podendo assumir qualquer configuração alternativa, é canonizada.

Na mesma linha, Brown (2017) argumenta que a lógica neoliberal informa profundamente a governança constitucional contemporânea, priorizando os mercados sobre a sociedade e “despolitizando” questões cruciais para a cidadania, que passa a ser

¹⁴⁷ No contexto da condenação ao avanço soviético no pós-Guerra, Karl Popper — filósofo neoliberal britânico e um dos expoentes da *Mont Pelerin Society* —, formulou o seu conhecido “paradoxo da tolerância”, segundo o qual “a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância” (Popper, 1974, p.289). Quanto às massas de “intolerantes”, Popper (1974, p.289) preconizou “proclamar o direito de suprimi-las, se necessário mesmo pela força” e, “então, reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes”. O autor ainda minuciou o rebatido “paradoxo da democracia”, para condenar a regra da maioria e defender a proeminência constitucional de instituições não-eleitas.

amplamente regulada por métricas econômicas. O direito é reduzido a uma ferramenta de poder para expandir a racionalidade de mercado, afetando diretamente os fundamentos da vida democrática. Nesse contexto, Brown (2017) enquadra a judicialização da política como um sintoma da “desdemocratização” neoliberal, por marginalizar reivindicações redistributivas abrangentes e contestações efetivas ao *status quo*.

E os primeiros esforços de integração à globalização neoliberal vieram efetivamente já no governo Collor (1990-1992), que acabou precocemente abatido por escândalos de corrupção e, sobretudo, pelo fracasso no endereçamento da crise da hiperinflação. No governo-tampão de Itamar Franco (1992-1995) e, principalmente, na gestão Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), o Plano Real, ao debelar a inflação, fortaleceu uma nova aliança política que, embora democrática, aprofundou a primazia do mercado sobre o Estado, desmantelando os resíduos do modelo nacional-desenvolvimentista ainda restantes.

Nessa paisagem conturbada, a jurisprudência do STF limitou-se a endossar os esforços de estabilização econômica, perfilando um papel de autocontenção, até mesmo diante da violência política de medidas como o “Plano Collor”. Koerner (2013, p.81), para explicar tal postura, adota uma explicação geracional e estratégica, já que, “até o início do governo Lula, apenas três ministros — Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa e Nelson Jobim — haviam participado ativamente da luta pela democratização”. O Tribunal teria priorizado “a estabilização democrática e a constituição de um regime liberalizante”, combinando “efetivação e neutralização de regras constitucionais segundo os domínios e o seu sentido estratégico para a direção política do governo federal, voltado às reformas liberalizantes do Estado”.

Seja como for, a despeito do fortalecimento das elites jurídicas e do controle de constitucionalidade já na promulgação da Constituição de 1988, a judicialização da cena política ainda seguiria bastante tímida nos anos 1990 e só mostraria a sua desenvoltura na transição entre o governo neoliberal Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) e a então incógnita gestão Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Egresso do movimento sindical, Lula inspirava profundas incertezas nas elites conservadoras, que receavam, por seu histórico, um reformismo social de alta intensidade, capaz de perturbar o *status quo* (Koerner, 2013).

A desconfiança quanto aos governos Lula I e II seria, no entanto, progressivamente arrefecida, conforme avançavam os sinais de continuísmo. A janela de crescimento econômico de então possibilitou um transitório arranjo de acomodação, sem

impor custos redistributivos relevantes, além de permitir o avanço do reformismo neoliberal sem inconvenientes imediatos. De qualquer modo, a fortaleza judicial erguida cautelarmente ainda mostraria toda a sua potência, conforme a proposta conciliatória de classes arrematada pelo governo petista mostrasse os seus primeiros sinais de esgotamento, nos desdobramentos da devastadora Crise de 2008.

Com uma base parlamentar paroquialista e amplamente conservadora, a gestão Lula, já de partida¹⁴⁸, compreendeu os limites impostos à implementação de sua agenda estritamente pela via legislativa. Diante dessas limitações, o governo explorou estratégias alternativas, aliando-se a juristas progressistas e a organizações de classe das elites jurídicas, para endossar o empoderamento do Judiciário e do Ministério Público, a reboque de agendas reformistas capitaneadas por organismos multilaterais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (Koerner, 2013; Santos, 2009).

Do lado do Ministério Público, o governo Lula avalizou a indicação do Procurador-Geral mais bem votado em lista tríplice da categoria, fomentando uma dinâmica simultaneamente autonomista e corporativista¹⁴⁹. Além disso, buscou diversificar — em termos de raça, gênero, estado de origem e identidade ideológica — a composição da Suprema Corte. No *front* do Ministério da Justiça, sob a liderança do influente advogado Márcio Thomaz Bastos, o governo federal liderou estudos e propostas de reforma nas instituições jurídicas, galvanizando o apoio de entidades e movimentos dedicados à agenda dos direitos (Koerner, 2013).

A maior expressão dessa aliança tomaria forma na Reforma do Judiciário, a reboque da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. A medida instituiu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incumbindo-o de disciplinar sobretudo a magistratura de piso, aumentando o poder de coordenação das instâncias superiores e, sobretudo, do próprio STF sobre o aparelho judiciário. Como órgão de controle interno

¹⁴⁸ Recorde-se que, já nas eleições, por meio da “Carta ao Povo Brasileiro” (2002), Lula, então candidato e favorito na disputa presidencial, emitiu sinais mais claros do que seria a sua política conciliatória de classes, buscando desvencilhar-se da pecha de “radical” de esquerda. O gesto marchou em sintonia com a conversão global dos partidos trabalhistas e social-democratas ao neoliberalismo de matiz progressista, como exemplificam o movimento *New Democrats*, de Bill Clinton, ou o *New Labour*, de Tony Blair e Anthony Giddens (Singer, 2012; Dardot *et al.*, 2021; Fraser, 2020).

¹⁴⁹ Os Governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2016), ao apontarem o indicado a Procurador-Geral da República, referendaram sistematicamente o primeiro colocado de uma lista tríplice informal, produzida pela Associação Nacional dos Procuradores da República, a entidade de classe representativa dos membros do Ministério Público Federal. A prática foi rigorosamente observada, ainda que inexistisse qualquer obrigação nesse sentido, mas a “despolitização” dessa escolha estratégica custou caro ao petismo. Assim, após os distúrbios da Operação Lava Jato, num certo aprendizado institucional, todos os governos subsequentes — incluindo a atual gestão Lula III (2023-presente) — abandonaram a nova “tradição”.

administrativo, financeiro e correicional, o CNJ foi investido de poderes para formular e implementar, por resoluções próprias, uma política judiciária de orientação gerencialista, alinhada à promoção da eficiência, da moralidade, da previsibilidade e da celeridade jurisdicional. Na falta de uma cultura enraizada de precedentes vinculantes, a obediência às determinações da cúpula judicial seria suplementada pela ameaça de sanções administrativas aos recalcitrantes (Brasil, 2004).

Além disso, a Reforma introduziu a figura da súmula vinculante, que, por um quórum de dois terços do STF, permitiria converter súmulas meramente persuasivas de jurisprudência em mecanismos de reprodução obrigatória por toda a maquinaria judicial e administrativa. A medida tinha por finalidade pacificar controvérsias relevantes que pudessem acarretar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Em caso de descumprimento, o interessado poderia saltar instâncias e apelar diretamente ao STF, por meio de uma “reclamação”, para cassar a decisão recalcitrante e eventualmente determinar a apuração disciplinar do ocorrido pelo CNJ (Brasil, 2004).

Ao mesmo tempo em que buscou reforçar a autoridade central do STF, a Reforma buscou desobstruir sua agenda, elevando as condicionantes para a admissão de recursos extraordinários, por meio dos quais a Corte unifica a sua jurisprudência no contexto do controle difuso. Assim, foi introduzido o critério da “repercussão geral” como condição de admissibilidade recursal, por meio do qual deve-se examinar “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Em termos práticos, o filtro permite ao Tribunal pinçar discricionariamente os itens que comporão a sua agenda, julgando apenas o que se alinhar ao seu interesse estratégico (Brasil, 2004 e 2006).

A Emenda nº 45/2004 também constitucionalizou a sujeição do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, impedindo a sua retirada do Estatuto de Roma (1998) por mera solicitação formal do governo federal. Além disso, facilitou a integração de tratados internacionais sobre “Direitos Humanos” ao direito interno, ao inserir, no art. 5º, §2º, da Constituição, que tais acordos, “quando aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A medida visou neutralizar argumentos soberanistas circunstanciais, que surgem rotineiramente na fase de implementação dos compromissos internacionais, tornando as cortes domésticas um aliado decisivo da nova governança transnacional (Brasil, 2004; Lustig e Weiler, 2018).

A Reforma também buscou otimizar a publicidade e a moralidade na gestão da robusta maquinaria judicial brasileira, dada a sua tradicional cultura de opacidade, opulência e desmesura¹⁵⁰. Se avançou quanto à transparência, a Reforma foi menos capaz, todavia, de conter os privilégios e os “supersalários” da magistratura, que seguem avultando o noticiário diuturnamente. O Pacote também aumentou a influência das corporações jurídicas nas promoções de juízes e procuradores e na seleção do “quinto constitucional”¹⁵¹, limitando a discricionariedade política na escolha de membros para os escalões intermediários e superiores do sistema de justiça.

De início, a parceria entre governo federal e elites jurídicas rendeu frutos positivos. Como parte interessada, o STF, nos anos seguintes à Reforma do Judiciário, avançou notoriamente na promoção de agendas progressistas relacionadas à defesa do meio-ambiente, de minorias vulneráveis, do devido processo legal de molde acusatório — no enfrentamento às mazelas da perseguição penal e do sistema penitenciário — e das demandas por reconhecimento identitário. Entretanto, logo que se tornou devidamente equipado do ponto de vista institucional, com o prestígio revigorado pela agenda modernizante, não tardou para que o STF se movesse no sentido de encastelar sua autoridade, eventualmente se voltando contra uma expressiva fração das elites parlamentares e governantes, nos rastros dos crescentes escândalos de corrupção. Esse cisma autonomista se evidenciou primeiro no julgamento do Mensalão e, depois, com o endosso inicial da Corte à Operação Lava-Jato.

No quadro atual, o Tribunal passou a ocupar uma centralidade que surpreenderia mesmo os maiores entusiastas da judicialização. Como contornos mais recentes, o Tribunal introduziu um controverso sistema de “conciliação” em ações constitucionais, abandonando a dogmática anterior, de indisponibilidade dos direitos fundamentais¹⁵².

¹⁵⁰ Segundo dados do relatório “Justiça em Números”, na edição de 2024, elaborado pelo CNJ, a despesa total do Judiciário correspondeu a 1,2% do PIB nacional, em 2023, com um custo médio por habitante de R\$ 653,7 — R\$ 67,6 a mais, por pessoa, que no ano anterior. A média nos países emergentes é inferior a um terço desse patamar e, nas economias desenvolvidas, a discrepância é ainda maior, com uma média de módicos 0,3% do PIB. O judiciário brasileiro é, concretamente, o mais caro do mundo (Brasil, 2024a e 2024b; Nakagawa, 2024).

¹⁵¹ A política do “quinto” permite que uma fração dos assentos nos tribunais de apelação e nas cortes superiores — geralmente 1/5, mas podendo chegar a 1/3 em certas cortes, como o STJ — seja destinada a advogados e membros do Ministério Público bem-posicionados em suas respectivas carreiras. As demais vagas nos tribunais são providas mediante promoção de juízes de escalões inferiores, alternando antiguidade e merecimento, segundo critérios legais e métricas próprias da política judiciária (Barroso, 2012).

¹⁵² Um dos mais rumorosos episódios do “constitucionalismo negocial” envolve a demarcação de terras indígenas. A tese do marco temporal foi introduzida no direito brasileiro — ironicamente — por obra do próprio STF, ao julgar a Ação Popular nº 3388, que carrega um litígio entre rizicultores e indígenas, na demarcação da unidade de Raposa Serra do Sol, em Roraima. No Acórdão, relatado pelo ministro Carlos

Incentivando a barganha entre os diversos atores envolvidos no litígio e, se necessário, constrangendo-os, sob a ameaça velada de uma adjudicação *top-down*, esse constitucionalismo negocial — ou “constitunegocialismo”¹⁵³ — emula a lógica transacional própria da política, convertendo o Tribunal abertamente numa espécie de “terceira câmara” não-eleita. Não obstante, se a sua função for resguardar as liberdades fundamentais da alegada “tirania da maioria”, julgando constitucional ou não os atos do poder público, segundo uma leitura “técnica” da Constituição, essa “conciliação” de interesses soa fora de lugar, além de operar sem que haja qualquer permissivo legal que a ampare.

Augusto Ayres de Freitas Britto, julgado em 19/03/2009, o STF consignou, dentre inúmeras outras condicionantes, ser “vedada a ampliação da terra indígena já demarcada” e que a “a Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. O governo Temer, num aceno à agroindústria e aproveitando-se da sinalização dada pela Corte, referendou o Parecer AGU n.º 1/2017, conferindo efeitos gerais e vinculantes às condicionantes introduzidas pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, para orientar a generalidade dos futuros processos administrativos de demarcação. Inconformados, movimentos de defesa dos indígenas recorreram novamente ao STF, por meio do Recurso Extraordinário n.º 1,017.365-SC, relatado pelo ministro Edson Fachin e julgado em 27/09/2023. Desta vez, fixando uma tese geral para orientar centenas de casos paralisados na justiça, o STF recuou de sua posição, fixando uma regra intermediária, permitindo a indenização das terras já desapossadas mas também refugando o óbice do marco temporal. Nos termos do enunciado de repercussão geral firmado, “a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho”. Em reação, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 14.701, de 20 de outubro de 2023, restabelecendo a celeuma pela via legal. O tema retornou, assim, uma vez mais, ao balcão do STF, por meio da ADC n.º 87, sob a relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes, desta vez discutindo-se a constitucionalidade desta Lei. O relator, à míngua de permissivo legal, adotou um tumultuado e opaco processo conciliatório entre os múltiplos atores envolvidos, buscando uma improvável reconciliação entre os interesses mutuamente excludentes dos indígenas e do agronegócio. Sentindo-se uma figurante cuja participação se limitaria a conferir legitimidade ao acerto, a representação indígena debandou da negociação, com a retirada da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib). E, na última passagem, após serem frustradas as tentativas de acordo, o relator, por decisão monocrática proferida em 14/02/2025, chegou a uma solução inusitada: formulou, por ato próprio, um anteprojeto de lei complementar, a ser remetido para uma nova deliberação do Congresso Nacional. Além de contemporizar a tese do marco temporal, no anteprojeto, o relator incluiu, inesperadamente, um tema sensível que não estava na mesa: o procedimento de autorização para a mineração em terras indígenas. Ao comentar a postura do STF, o constitucionalista Oscar Vilhena assinalou: “ao trazer para dentro das muralhas da Constituição proposta legislativa que subordina os direitos inalienáveis dos povos indígenas a interesses políticos e econômicos, a comissão de conciliação funcionou como um verdadeiro Cavalo de Troia”. Ou seja, após criar a celeuma, recuar de sua própria criação e colher um revés no legislativo, o STF simplesmente restituiu a questão ao parlamento, ampliando os seus contornos nocivos, por entender que a complexidade da matéria reclamaria a primazia do sistema político. Este episódio emblemático revela como a jurisdição constitucional pode produzir problemas antes inexistentes — a conhecida “tese do marco temporal” —, reavivar velhos conflitos e desencadear reações ainda mais hostis, que potencialmente intensificam violações a direitos fundamentais. No fim, acuado por sua própria obra, o STF se limitou a agir ao estilo de Pôncio Pilatos, abrindo caminho para que “os condenados da terra” — na feliz expressão de Fanon (2022) — sejam “suplicados” pelo poder econômico (Brasil, 2009, 2023a, 2023b e 2025; Vieira, 2025).

¹⁵³ Tomando de empréstimo o neologismo introduzido por Mendes (2024).

Além disso, diante das investidas autoritárias da gestão Bolsonaro (2019-2022), quando encurralado, o Tribunal assimilou uma controversa agenda de “democracia militante”, de corte inquisitório, para se blindar do assédio político e da crescente contestação à sua imagem pública de neutralidade. No jogo das contingências, após martirizar a coalizão petista, o STF se vendo obrigado a um novo alinhamento circunstancial com o governo Lula III, performando um papel de suplementação das fragilidades da sua coalizão. Nesse particular, o Tribunal tem sido decisivo para destravar políticas governamentais relevantes, desatando impasses na negociação política e neutralizando reveses governistas na arena parlamentar. Essa aliança tácita, até aqui, tem sido capaz de refrear as hostes mais violentas do novo radicalismo de direita, mas não deixa de ser sintomática de certo esgotamento da ordem constitucional de 1988.

Comentando o julgamento do Mensalão, José Gomes Canotilho — jurista português, entusiasta da judicialização e expoente internacional do constitucionalismo contemporâneo — declarou que, dessa complexa intersecção entre o modelo americano e europeu de *judicial review*, o Brasil foi capaz de produzir uma autêntica singularidade, que, a seu ver, fez do STF o tribunal constitucional “mais poderoso do mundo”. Para o jurista, a opinião pública, buscando uma catarse, vislumbrou no Tribunal a corporificação de um impulso tenentista antigo, de “purificar a política” (Basile, 2013). De todo modo, mesmo o presciente Canotilho não foi capaz de antever, àquela altura, a dimensão atual do STF na cena nacional. Seja como for, só o tempo dirá sobre o sucesso e a longevidade dessa heterodoxia.

1.4 O constitucionalismo global: uma nova onda de empoderamento judicial ou o pós-democracia?

No início da década de 1970, Cappelletti (1971), no clássico *Judicial Review in the Contemporary World*, sistematizou as linhas gerais do discurso fundador da judicialização, ao apontar, na superação dos horrores da Segunda Guerra, as causas da expansão global do empoderamento judicial. Essa lógica algo evolucionista dos direitos fundou-se numa aposta normativa nas constituições codificadas e rígidas e em seus tribunais guardiões, que passaram a ser vistos como elementos constitutivos e indispensáveis da própria democracia, como freios de contenção ao arbítrio das maiorias eleitorais de turno.

Numa crítica à natureza “newtoniana” da concepção de Cappelletti (1991), Lustig e Weiler (2018), cartografam o processo global de empoderamento judicial valendo-se de uma perspectiva dialética, numa abordagem menos linear e mais acidentada do processo, à moda “einsteiniana”. E, nessa empreitada, identificam, para além das “ondas de judicialização” já mencionadas nas seções anteriores, também um fenômeno transversal e mais difuso: uma espécie de “constitucionalismo global”, que se ergue com a profusão de organismos multilaterais, tratados internacionais e cortes supranacionais de Direitos Humanos.

No plano do sistema global de proteção das Nações Unidas, são centrais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Tribunal Penal Internacional (TPI) e o Comitê de Direitos Humanos. Há, ainda, três subsistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos: (1) o americano, com a Organização dos Estados Americanos (OEA), o Pacto de San Jose, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); (2) o africano, com a Carta de Banjul (1981) e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; e (3) o europeu, com o Conselho da Europa, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) (Portela, 2024).

A ambição normativa da nova arquitetura global do pós-guerra foi sujeitar o conjunto das nações a uma jurisdição internacional que transcendesse os tacões da violência realista que comumente presidem a geopolítica. Não obstante, enquanto os países centrais do capitalismo frequentemente se evadem desses compromissos, também buscam, numa evidente contradição moral, impô-los ativamente aos países periféricos e concorrentes, no que não deixa de transparecer uma certa atualização sofisticada do velho mandonismo colonial (Portela, 2024).

Um traço ainda mais marcante desse processo foi a incorporação dos tratados internacionais no plano doméstico de variadas nações, de modo que possam ser empregados, por suas cortes domésticas, como parâmetros de controle de conformidade do próprio direito interno, num cotejo direto com a governança transnacional. Eventualmente, os tratados poderiam se integrar à própria constituição nacional, compondo o que Favoreu (2023) qualifica como o “Bloco de Constitucionalidade” de um país. Além disso, de maneira ainda mais audaciosa, tais tratados poderiam servir de parâmetro para escrutinar as próprias constituições, conforme evidenciado pela

jurisprudência de supremacia do direito comunitário, erguida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁵⁴.

Nesse novo arranjo, Lustig e Weiler (2018) advogam que os tribunais nacionais devam ser capazes de intercambiar papeis. Num primeiro plano, mais convencional, essas cortes domésticas atuam como garantidores do regramento constitucional pátrio, enquanto, num segundo nível, operam como foros híbridos, entre o nacional e o internacional, para conferir *enforcement* aos compromissos transnacionais. Num terceiro plano, podem, ainda, ser eventualmente chamados a garantir *in loco parentis* — na ausência de uma jurisdição internacional própria — os Direitos Humanos, inclusive quando estes forem ameaçados pelo próprio sistema internacional.

Assim, na nova onda de empoderamento judicial descrita por Lustig e Weiler (2018), os tratados internacionais deixam de ser simples ferramentas ou parâmetros para resolver disputas entre Estados, e passam a promover os “valores humanistas” de uma promissora “comunidade internacional” pluralista. Com tamanha ambição, num nível mais concreto, esse arranjo certamente tem o mérito de atenuar sutilmente as tradicionais oposições soberanistas, convertendo a legislação internacional em uma espécie de direito interno “importado”. Além disso, as frequentes interações horizontais entre os juízes de diferentes países, na busca por prestígio internacional e pelo compartilhamento de experiências, facilitam a pretendida “homogeneização” do multifacetado quadro legal das nações.

Como é consabido, o Direito Internacional desenvolveu-se, originalmente, com pretensões muito mais modestas, de caráter precipuamente comercial e defensivo, baseando-se numa lógica eminentemente bilateral. Contudo, a meados do século XX — sobretudo a partir do desenvolvimento do sistema ONU e dos Acordos de Bretton Woods —, o seu escopo avançou para abarcar uma governança multilateralista bem mais audaz e a profusão de grandes tribunais internacionais¹⁵⁵ também se dá nessa esteira. A jurisdição direta desses foros supranacionais, no entanto, segue bastante limitada, por esbarrar em velhos cânones da soberania. Foi preciso, portanto, que a absorção de sua

¹⁵⁴ Não deixa de ser irônico que, a reboque de formulações de conformidade inicialmente sedimentadas no plano doméstico para afirmar a supremacia da constituição sobre o direito ordinário, o TJUE se sinta autorizado a examinar a conformidade de dispositivos das constituições dos países europeus para impor a primazia do seu direito comunitário. Como se vê, na complexa governança multinível da União Europeia, o constitucionalismo, em sua metamorfose mais avançada, volta-se contra a própria constituição.

¹⁵⁵ Dos quais são exemplos a CIJ, o TPI, a CIDH, a CEDH e o painéis de solução de disputas da Organização Mundial do Comércio, dentre outros.

jurisprudência se desse por via transversa, por meio de detida cooperação com as múltiplas cortes domésticas (Lustig e Weiler, 2018).

O sucesso desse discurso, a despeito dos seus apelos cosmopolitas e progressistas, relaciona-se mais intimamente à posição hegemônica conquistada pelos EUA e por suas instituições no pós-guerra e, em particular, no período seguinte à desintegração do bloco soviético. Além disso, essa gramática não raro se alinha comodamente à preservação de interesses de elites ameaçadas pela universalização do sufrágio, havendo relevantes evidências da lógica conservadora e elitista que até aqui presidiu esse ideário, como parte de uma estratégia mais abrangente na busca por “destronar política”.

Como pilar fundamental da teologia neoconstitucional, o discurso da “dignidade da pessoa humana” notoriamente se assenta numa grade de leitura de corte individualista. Não se pode olvidar, portanto, que essa gramática “humanista” possa assumir, na prática, uma feição bem mais estrita, de sobrevalorização das liberdades negativas, endossando uma concepção adversarial do Estado e da sociedade e promovendo uma perigosa cosmovisão de atomismo narcísico.

Sem que se dispute politicamente a gramática dos direitos — o que dificilmente se viabilizará no campo judicial —, o emprego estratégico desse discurso pode até mesmo retardar ou bloquear políticas distributivas, fazendo vista grossa ao crescente agravamento das desigualdades e à dissolução das solidariedades quem põem a prova a estabilidade da própria democracia liberal. Ao forjar uma “identidade global”, esse discurso pode, ainda, neutralizar as especificidades nacionais e culturais de cada povo, militando em favor de uma sofisticada atualização de velhas práticas neocoloniais, numa construção incapaz de confrontar estruturalmente as assimetrias existentes, no plano transnacional, entre o “centro” e a “periferia”.

Na medida em que as regras dessa nova governança transnacional se sustentam à margem das urnas, os possíveis ganhos do multilateralismo podem ser neutralizados por essa espiral de alienação. De concreto, já se verifica um claro encolhimento da esfera pública em favor de negociações informais conduzidas por “especialistas” ou por corporações multinacionais, entrincheirados contra qualquer escrutínio do público e escapando até mesmo ao controle usual dos governos. Fato é que não tardou para que as frágeis credenciais democráticas desse processo engendrassem o seu sintoma mais alarmante, com a profusão praticamente sincrônica de ondas de nacional-populismo e de discursos extremistas por todo o mundo.

Assim, o *zeitgeist* do século XXI decerto segue reclamando mediações corretivas dos desequilíbrios do “mercado” eleitoral-democrático e das crescentes desigualdades, além de um fino equacionamento na complexa articulação entre indivíduo e sociedade. Resta problematizar se os tribunais, com seu insulamento social e linguagem despolitizante, são efetivamente capazes de responder a esse desafio. O que parece é que o possível declínio da hegemonia americana e a crise do edifício multilateral lançam sombras relevantes sobre o futuro da judicialização, acelerando uma rápida conversão rumo ao constitucionalismo iliberal e aos arranjos pós-democráticos, em que a burocracia judicial assume um lugar mais marginal. Isto posto, mais que lamentar se o judiciário é injustiçado por essa regressão autoritária, cabe interrogar a sua responsabilidade nesse processo.

Ao almejar o que Hayek (2023) verbalizou como o objetivo de “destronar a política”, o neoliberalismo acaba gestando, em seu seio, uma paradoxal nova política de massas, premida pelo que Adorno (2020), ao examinar o novo radicalismo de direita, chamou de “desejo de fim”. E essa personalidade autoritária subjetivada pelo *ethos* neoliberal — desamparada, desenraizada, dessimbolizada e imersa em um mundo sem perspectivas —, como sustenta Adorno (2020), anseia não o seu próprio fim, mas o “fim do mundo” como um todo, num impulso desrealizador e suicidário, próprio do que Spinoza (2009) batizou como “paixões tristes”, Freud (2011) nomeou como “pulsão de morte” ou que Kehl (2020) chamou de “ressentimento”. Esse coquetel tóxico de passividade e agressividade, resultante da despolitização do conflito social, é um prato cheio para credenciar demagogos de turno, sempre munidos com soluções simplistas e equivocadas, não sendo por menos que Brown (2019)¹⁵⁶ classifica a extrema-direita como uma consequência direta da racionalidade neoliberal¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Brown (2019, p.102-103) questiona: “por que o ‘destronamento da política’ neoliberal saiu tão fragorosamente dos trilhos? O que ele deixou de considerar?”. Em resposta, a autora pontua que “o opróbrio do político e do democrático impediu os neoliberais de teorizar ambos os domínios com cuidado, o que tornou seu projeto intrinsecamente vulnerável (por exemplo, à dominação contínua pelos interesses do grande capital, especialmente, mas não apenas das finanças) e também os impossibilitou de antecipar a metamorfose do neoliberalismo realizada por poderes políticos vigaristas, inclusive rebeliões antidemocráticas contra seus efeitos. Não eram apenas nos intelectuais fundadores neoliberais que aparecia este ‘déficit político’. Os economistas, os elaboradores de políticas, os políticos e tecnocratas que implementaram o neoliberalismo como projeto global nos anos 1990 eram profundamente apegados às suas qualidades antipolíticas ‘pós-ideológicas’, uma das razões pelas quais eles repudiavam as críticas políticas a eles dirigidas e desdenhavam os protestos políticos”.

¹⁵⁷ Seja em sua versão progressista — identitária, anti-universalista, cosmopolita, tolerante e individualista —, seja em sua versão mais abertamente reacionária — identitária, anti-universalista, nativista, xenófoba e socialmente hierárquica —, como atina Fraser (2020).

Nesse cenário de conturbação e incerteza, resta esperar — com o ceticismo cautelar requerido pelo quadro — pela construção de uma nova jurisprudência, convidativa à experimentação e ao diálogo, que seja efetivamente capaz de endereçar conflitos politicamente custosos e de promover entendimentos, estimulando a previsibilidade no comportamento dos atores políticos. O constitucionalismo só será capaz de responder satisfatoriamente às preocupações genuínas da sociedade caso reassuma o valor estabilizador da justiça redistributiva e do consentimento democrático, valorizando a autonomia e a responsabilidade dos indivíduos enquanto membros de uma comunidade política. Tal qual advertiu Hamilton (2003c, p. 476), sem ter “a bolsa ou a espada¹⁵⁸”, como o “o mais fraco entre os poderes”, o judiciário não pode renunciar ao seu único poder real: o bom julgamento.

¹⁵⁸ A expressão, naquele contexto americano do final do século XVIII, alude ao controle do Tesouro, pelo Congresso, ou das Forças Armadas, pelo governo federal.

CAPÍTULO 2 - JANUS OU THÊMIS? A FACE OCULTA DE UM JUDICIÁRIO EMPODERADO

“Recorrer aos tribunais para promover reformas sociais abrangentes substitui o mito da América por sua realidade, atribuindo às cortes e às decisões judiciais um poder que não possuem. [...] Em geral, a judicialização não apenas canaliza os ativistas para uma instituição que tem limitações para atender suas demandas, mas também drena os seus recursos e forças, sob o risco de debilitar sua mobilização. O perigo é que [...] vitórias simbólicas sejam confundidas com vitórias substantivas, encobrindo uma realidade nada animadora” (Rosenberg, 2018, p. 423-424, em tradução livre).

“A Suprema Corte [*dos EUA*] sempre foi uma instituição altamente politizada. Às vezes, queremos que ela proteja os direitos contra os impulsos da maioria. Mas, cada vez mais, ela representa o poder arraigado de uma minoria [*econômica*] poderosa. [...] A cada dia, a apropriação de poder político pela Corte nos aproxima mais de uma crise, de uma perda catastrófica de legitimidade” (Waldman, 2023, p.7.8, em tradução livre).

A revisão judicial, frequentemente celebrada como um avanço civilizatório, desafia as bases fundamentais da democracia representativa e reclama uma abordagem analítica que desborde o escopo limitado das interpretações normativas, simplistas ou apologéticas, não raro fundamentadas em uma grade de leitura evolucionista dos direitos. Nessa direção, o presente Capítulo buscará examinar criticamente os fundamentos históricos e discursivos que sustentaram a expansão global do empoderamento judicial no final do século XX. Ao tematizar as dinâmicas institucionais e os interesses subjacentes à gramática do neoconstitucionalismo, a presente análise contesta a narrativa dominante, que reduz a judicialização a um ideal romântico de promoção universal de valores humanistas.

Em particular, a análise deste Capítulo se concentrará nas contribuições inovadoras de Ginsburg (2003) e Hirschl (2004), que encabeçam o referencial teórico fundamental desta pesquisa. Na “hipótese do seguro eleitoral” de Ginsburg (2003), o empoderamento judicial reflete uma resposta estratégica de elites políticas declinantes com vistas a limitar o poder de novas facções emergentes, como sintoma da difusão do poder e da fragmentação partidária. No exame das causalidades dessa fragmentação, tal perspectiva neoinstitucionalista será suplementada pela “hipótese do entrincheiramento” de Hirschl (2004), que inscreve o protagonismo judicial no registro de uma articulação estratégica de elites políticas, econômicas e jurídicas, em resposta aos crescentes desafios

impostos por uma democracia revitalizada pela universalização do sufrágio, mas fortemente constrangida pelo avanço da racionalidade neoliberal.

Aqui, o sentido dessa articulação intra-elites não remete a qualquer ajuste voluntarista, em que agentes poderosos conspiram diabolicamente contra as massas impotentes e dóceis. Longe disso, aproxima-se da formulação de Foucault (2019), de uma “estratégia sem estrategistas”, bem distante da intenção consciente ou de um plano deliberado, meticulosamente orquestrado pelo calculismo onisciente de indivíduos ou de instituições, sejam elas nacionais ou transnacionais. Pelo contrário, as suas práticas coemergem de uma fina rede de interações, discursos e dispositivos que estruturam uma nova “governamentalidade”¹⁵⁹.

Aliás, Foucault (2019), com a sua conhecida presciência de arguto observador da História, ao analisar os sintomas da emergente racionalidade neoliberal, antecipava, já nos anos 1970, o provável empoderamento global do judiciário como um desdobramento direto da generalização da lógica de mercado para todas as dimensões da vida social. Indivíduos e organizações arquipelágicos passariam a emular o figurino generalizante da “empresa” e esse novo *homo economicus* encontraria na judicialização uma ferramenta fundamental para estruturar as suas interações e mediar os seus conflitos, com o encurtamento das solidariedades convencionais.

Nesta nova paisagem vislumbrada por Foucault (2019), os dispositivos jurídicos assumem um papel proeminente, suplantando os processos político-deliberativos e consolidando o direito como um ferramental fortemente afinado à racionalidade econômica, num discurso em que a técnica adquire clara primazia sobre as considerações político-universalistas. A seu ver, o judiciário seria reposicionado como o eixo central da governamentalidade neoliberal, atuando não apenas como árbitro de velhas disputas, mas também como o regulador por excelência das novas práticas sociais, promovendo a eficiência econômica e a previsibilidade requerida pelos negócios, ao custo de relegar considerações éticas a um papel secundário.

Desse modo, a presente análise busca dar amparo teórico à interpretação dos achados empíricos do Capítulo 4, sobre o papel paradoxal desempenhado pelo STF brasileiro nas últimas décadas: o Tribunal, embora tenha se projetado como um efetivo

¹⁵⁹ Numa alusão ao modo pelo qual o poder é exercido estruturalmente para presidir as condutas humanas e organizar o tecido social, num processo que articula continuamente saberes e práticas que operam desde a gestão biopolítica da sociedade até a produção de discursos legitimadores de formas específicas de governo, especialmente no contexto das sociedades modernas (Foucault, 2019).

“guardião” das liberdades negativas, frequentemente atuou como um vetor ativo na preservação de privilégios, revelando, por outro lado, inoperância ou mesmo hostilidade diante de demandas redistributivas.

2.1 A tese do seguro eleitoral: a judicialização como subproduto da fragmentação das elites políticas

Na segunda metade do século XX, o *judicial review* deixou de ser uma singularidade americana e se expandiu globalmente, tornando-se uma racionalidade quase que universal, influenciando especialmente as novas democracias da América Latina, do Leste Europeu, da África e da Ásia. Esse processo de transnacionalização foi bem-sucedido, a despeito da diversidade de tradições jurídico-políticas envolvidas. No entanto, embora o poder formal de revisão judicial seja hoje amplamente difundido, até mesmo em algumas autocracias, a extensão e a intensidade com que os tribunais exercem essa prerrogativa variam significativamente entre os países e também ao longo do tempo.

Em *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Tom Ginsburg (2003) — cientista político e professor da Universidade de Illinois —, examina o surgimento e o desenvolvimento do empoderamento judicial em novas democracias, estudando especificamente os tribunais constitucionais da Coreia do Sul, de Taiwan e da Mongólia. Contestando as convencionais explicações de caráter culturalista-evolucionista — como a tese da proliferação democrática¹⁶⁰, que poderia sugerir uma possível incompatibilidade entre os valores confucionistas asiáticos, centrados na primazia do coletivo, e o neoconstitucionalismo ocidental, baseado no individualismo —, Ginsburg (2003) sustenta que o empoderamento judicial resulta predominantemente de dinâmicas político-institucionais, e não de singularismos culturais.

¹⁶⁰ Essa abordagem associa a constitucionalização ao avanço global da democracia e à difusão do ideário dos Direitos Humanos, desconsiderando os seus determinantes geopolíticos e adotando uma perspectiva cultural-evolucionista algo simplista. Além de menosprezar o impacto da judicialização também em autocracias, tal leitura ignora que, até o fim da Segunda Guerra, a revisão judicial era essencialmente uma característica distintiva do sistema americano, com episódicas manifestações na Áustria dos conturbados anos 1920. A tese da proliferação democrática negligencia, ademais, que a Inglaterra, como o berço do constitucionalismo liberal, só instituiu uma Suprema Corte — com um modelo, até aqui, “fraco” de revisão judicial — em 2009, sob pressão do Bloco Europeu, para harmonizar a sua legislação doméstica à legislação comunitária. Desse modo, a concepção moderna de democracia liberal, frequentemente associada à presença de um tribunal constitucional e a um extenso catálogo de direitos individuais, parece refletir predominantemente a influência e a hegemonia dos Estados Unidos e de suas instituições, mais do que uma consequência inevitável dos princípios democráticos em si.

Sua hipótese central é que o controle judicial desponta como uma forma de “seguro eleitoral” para elites políticas antes hegemônicas em contextos de crescente incerteza política. Em tais contextos, os arquitetos constitucionais, antevendo um possível declínio de sua fortaleza pela emergência de uma arena eleitoral mais competitiva, desenham mecanismos para limitar o poder das futuras majorias eleitorais. Assim, a revisão judicial serviria como uma proteção institucional contra os potenciais abusos das novas elites governantes contra os grupos retirantes, especialmente nos contextos de transição democrática ou de aumento da fragmentação político-partidária.

Na gênese do constitucionalismo, o conceito de soberania parlamentar foi historicamente central para a prática democrática, consolidando-se, após a Revolução Gloriosa, como um cânone do governo representativo. Revitalizado pelo ideal rousseauiano da “vontade geral”¹⁶¹, o pacto original entre a coroa e o baronato feudal, consagrado na Magna Carta, foi progressivamente ressignificado para abarcar uma base social mais ampla — ainda que inicialmente restrita ao público ocidental masculino, branco e proprietário¹⁶². Esse deslocamento progressivo da soberania, antes encarnada no

¹⁶¹Em *O Contrato Social*, Rousseau (1996) desenvolve o conceito de *volonté générale* como uma expressão coletiva orientada ao bem comum, distinta da mera soma de interesses individuais. Contrariando as interpretações frequentes que o associam ao pensamento representativo moderno, Rousseau rechaçava abertamente a ideia de um parlamento como o canal de expressão verdadeira dessa vontade, aproximando-se mais de uma concepção de democracia direta, no qual os cidadãos participam ativamente das decisões políticas e manifestam sua soberania de forma una e indivisível. A este respeito, Rousseau (1996, p.114) aponta que “a soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra - não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei”. Recorde-se que, historicamente, o parlamento, especialmente com a Magna Carta de 1215, despontou como um mecanismo de compromisso entre a Coroa e os barões feudais, refletindo, de partida, mais a defesa de privilégios de elite do que propriamente uma representação ampla dessa nova “vontade coletiva”. Sobre o povo inglês, Rousseau (1996, p.114) comenta que este “pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada”. Entretanto, após as Revoluções Gloriosa (1688), Americana (1776) e Francesa (1789), a instituição parlamentar evoluiu gradualmente para se tornar um órgão central na representação da nação e da vontade popular, consolidando-se como um pilar da governança democrática moderna. A despeito dessa origem elitista, o parlamento foi, ao longo do século XX, sendo revitalizado e temperado pela progressiva universalização do sufrágio. Não obstante, a partir das conquistas do trabalhismo, a sua centralidade política declinou de modo inversamente proporcional, na esteira do fortalecimento de novos dispositivos tecnocráticos.

¹⁶² Refletindo essa expansão gradualista, Marshall (1992), ao analisar a evolução dos direitos na modernidade britânica, descreve o desenvolvimento dos direitos civis, políticos e sociais como pilares de uma democracia liberal que, embora inicialmente limitada a uma elite branca, masculina e proprietária, foi se ampliando progressivamente para incluir as massas. Os direitos civis, consolidados no século XVIII, forneceram o arcabouço essencial para o modelo econômico de mercado, garantindo franquias individuais como propriedade e a igualdade formal. No século XIX, os direitos políticos avançaram com a remoção de barreiras censitárias e educacionais, ampliando a participação popular, embora ainda a mantendo confinada aos homens. Já no século XX, congregando também as mulheres, os direitos sociais emergiram como resposta às mazelas da Revolução Industrial e à crise do *laissez-faire*, promovendo uma efetiva universalização do sufrágio em articulação com a construção de um Estado de bem-estar. Enquanto os

monarca, passou a ser associado primeiro à ideia emergente de “Nação” e, posteriormente, com os desdobramentos das revoluções burguesas, ao próprio conceito político de “povo”, redefinindo os fundamentos do poder político a partir da noção inovadora de legitimidade democrática.

O sólido bastião da supremacia parlamentar foi, no entanto, profundamente abalado no período Entreguerras, quando, segundo Ginsburg (2003), evidenciou-se que a própria democracia poderia produzir ameaças internas à sua sobrevivência, tornando-se vulnerável à autodestruição caso suas liberdades fundamentais fossem irrestritamente manipuladas na esteira da demagogia de maiores parlamentares ocasionais¹⁶³. Assim, no pós-guerra, como uma suposta resposta preventiva a esse estado de coisas, difundiu-se globalmente o modelo institucional do *judicial review* — revitalizado em seus contornos teóricos pela breve experiência austríaca¹⁶⁴, mas sobretudo estabelecido nos termos essenciais já solidamente enraizados na práxis americana¹⁶⁵, que despontava como o novo farol hegemônico (Ginsburg, 2003).

direitos civis e políticos reforçaram as bases do capitalismo, os direitos sociais regularam as suas disparidades estruturais, refletindo a dinâmica contraditória do desenvolvimento capitalista. Assim, a inclusão gradual das massas legitimou o sistema econômico, num esforço sistêmico de contrabalancear suas instabilidades inerentes.

¹⁶³ Confira-se a Nota de Rodapé nº 6, à p.5, da Introdução.

¹⁶⁴ Especialmente no que se refere à adoção de um modelo de revisão judicial centralizado, concentrado primariamente em um tribunal constitucional especializado e fundamentado no controle abstrato, no qual a lei é examinada em tese, em contraste, nessa dimensão procedimental, com o modelo americano, derivado da tradição do *common law* e baseado no controle difuso, em que a constitucionalidade das normas pode ser questionada ao longo de toda a cadeia judicial, culminando num pronunciamento decisório da Suprema Corte como instância final, que, embora proferida no bojo de casos concretos, acaba vinculando todo o sistema jurídico por meio do *stare decisis*.

¹⁶⁵ Especialmente no que tange à adoção de uma constituição escrita e rígida, dotada de um catálogo de direitos individuais, que assegure a separação de poderes e que defira, ainda que por via indireta, ao judiciário a responsabilidade pelo controle da conformidade constitucional da legislação ordinária e dos atos de governo.

Essa nova governança constitucional “tipo exportação”¹⁶⁶ — que teve na Lei Fundamental de Bonn o seu modelo paradigmático¹⁶⁷ — se alicerça em dois pilares essenciais: (1) a adoção de catálogos de direitos fundamentais, em sua maioria de caráter negativo, em constituições escritas e rígidas; e (2) a instituição de cortes constitucionais não-eleitas, investidas da função de guardiãs da ordem constitucional. Assim, no exercício de sua autoridade, as cortes podem invalidar as decisões de órgãos eleitos, produzindo o chamado “dilema contramajoritário”. Essa dificuldade normativa emerge da tensão inerente entre o poder de uma elite burocrática em neutralizar ou corrigir decisões dos representantes eleitos a pretexto de desconformidade com os valores fundamentais da sociedade, que estariam sedimentados na constituição¹⁶⁸. Com a globalização, o ideal de

¹⁶⁶ Carothers (1998) destaca a atuação de potências mundiais, fundos privados, ONGs, multinacionais, *think tanks* e de organismos multilaterais — particularmente o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a OCDE — na promoção de reformas institucionais em novas democracias, com foco no fortalecimento do judiciário, na autonomização da burocracia e na gramática do império do direito, por meio de projetos, *standards* de boas-práticas e, sobretudo, de financiamentos condicionais. Tal apoio internacional inclui iniciativas como a redação e a revisão de legislações, treinamentos técnicos para juízes e promotores, além da implementação de padrões e de “melhores práticas” institucionais. No entanto, o autor critica a falta de coordenação entre essa plêiade de atores e a sua tendência de impor modelos jurídicos ocidentais bastante particulares — como o americano, o alemão ou o inglês — sem considerar as particulares dos arranjos nacionais de destino, apontando que a assistência externa, por si só, não será suficiente para promover mudanças estruturais duradouras, que exijam um compromisso político mais substantivo e uma transformação cultural de longo prazo. A seu ver, essa cooperação internacional, voltada à construção de um ambiente legal propício aos negócios e aos investimentos, teria se concentrado em reformas de ordem mais formal-procedimental, negligenciando fatores políticos e culturais que afetam a independência do judiciário e o combate à corrupção. No contexto latino-americano, Carothers (1998) cita nominalmente os casos argentino e mexicano como exemplos de incorporação limitada dessas “boas práticas”, por entraves que associa ao personalismo e à corrupção.

¹⁶⁷ A Lei Fundamental de Bonn, de natureza escrita e analítica, aborda uma vasta gama de temas, para além de matérias tipicamente constitucionais, e é rigidamente estruturada para aumentar o custo de futuras modificações, num esforço em prol de sua institucionalização. Com um perfil liberal-garantista, fortemente influenciado pelo ordoliberalismo alemão, a Lei de Bonn se destacou por consagrar a “dignidade da pessoa humana” como um princípio central do seu discurso jurídico, com o fim de salvaguardar os direitos individuais e de limitar a intrusão do poder estatal no domínio privado. Sua rigidez é evidenciada pela exigência de supermaiorias parlamentares para emendas, enquanto o seu caráter garantista é reforçado pela presença do Tribunal Constitucional Federal — um órgão político destacado da estrutura ordinária do judiciário —, encarregado de revisar a conformidade das leis infraconstitucionais e dos atos do poder público em cotejo com o pacto constitucional. Inicialmente válida para a Alemanha Ocidental, a Lei Fundamental foi estendida para toda a Alemanha após a Reunificação (1990), tornando-se um modelo paradigmático para a onda de profusão de constituições formais no pós-Guerra, inspirando diretamente a Constituição Brasileira de 1988, que reflete, em sua essência, a sua estrutura e princípios (Sarlet, 2009).

¹⁶⁸ No caso americano, tal suposição é, no mínimo, problemática, já que, como aponta Beard (1913), a Convenção da Filadélfia de 1787 — embora frequentemente retratada como uma expressão da vontade popular —, sequer foi investida de um mandato constituinte ou eleita pelo povo, sendo antes composta majoritariamente por uma elite econômica de delegados interessados em proteger seus interesses de classe. Tal composição afastou-se da ideia de uma vontade popular genuína e universal, já que mesmo os pequenos proprietários e trabalhadores não contaram com qualquer representação nesse processo. Para o autor, mesmo a ratificação do texto final da Constituição de 1787 — ao se valer de convenções especiais com o direito ao voto e à elegibilidade restrito a proprietários de terras e pessoas com certa renda, excluindo a ampla maioria da população, especialmente trabalhadores sem propriedade, escravizados e mulheres — se deu a reboque destes mesmos compromissos entre as elites econômicas de diferentes estados.

soberania parlamentar entrou em declínio, desgastado por sua — questionável — associação à emergência de totalitarismos (Ginsburg, 2003).

Mesmo no Reino Unido, esse primado tem sido progressivamente relativizado por um movimento duplo, que decorreu da sua integração ao Conselho da Europa¹⁶⁹ e à União Europeia, produzindo a sujeição da legislação britânica à revisão de cortes supranacionais, especialmente no tocante à conformidade com o direito comunitário e com o sistema regional de Direitos Humanos. Um marco desse processo foi o caso *Factortame* (1991)¹⁷⁰, no qual a Câmara dos Lordes, premida por uma decisão do TJUE, suspendeu um estatuto inglês, num evidente gesto de ruptura no cânone da soberania legislativa. Além disso, a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico interno, por meio do *Human Rights Act* (1998), aprofundou essa tendência, abrindo margem para que os tribunais britânicos emitam “declarações de incompatibilidade” em casos de violações a direitos fundamentais, ainda que, em princípio, sem invalidar diretamente a legislação¹⁷¹ (Ginsburg, 2003).

¹⁶⁹ O Conselho da Europa, fundado em 1949 e sediado em Estrasburgo, encabeça o sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos, sendo o seu principal instrumento a Convenção Europeia (CEDH), de 1950, que instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), responsável por sua guarda. Esse arranjo regional se destaca por seu alto grau de vinculação jurídica e pela eficácia considerável das decisões da CEDH, que influenciam diretamente as políticas dos Estados-parte. Ressalte-se que, embora o Conselho da Europa e a União Europeia (UE) compartilhem valores similares e se influenciem mutuamente, especialmente no campo da proteção aos direitos, tratam-se organismos distintos. Em perspectiva comparada com o contexto americano, tal sistema regional se aproxima, em termos de sentido, ao sistema interamericano de direitos humanos, sob a direção da Organização dos Estados Americanos (Portela, 2024).

¹⁷⁰ O episódio envolveu uma disputa entre a empresa espanhola *Factortame Ltd* e o governo britânico, após a imposição do *Merchant Shipping Act*, de 1988, que restringia o registro de embarcações pesqueiras no Reino Unido a proprietários britânicos. A empresa ibérica contestou a norma, alegando violação ao direito comunitário, especificamente quanto ao princípio do livre estabelecimento de sede. Em resposta, o TJUE decidiu que o direito comunitário deveria prevalecer sobre a legislação nacional em caso de conflito, determinando aos tribunais britânicos que suspendessem a aplicação da Lei. A Câmara dos Lordes, seguindo tal orientação, se viu na contingência de suspender o ato, mesmo a contragosto, sendo este o primeiro caso em que o Parlamento Britânico testemunhou sua legislação ser invalidada por uma corte supranacional (Barber, 2011).

¹⁷¹ No Reino Unido, a Suprema Corte pode invalidar diretamente, no entanto, os atos do governo, cuja autoridade assenta-se diretamente na maioria parlamentar. Em Israel, que também não conta com uma constituição escrita, o processo de superação do primado da soberania parlamentar seguiu roteiro similar, por meio da adoção de um catálogo de direitos — Lei Básica Dignidade Humana e Liberdade e Lei Básica Liberdade de Ocupação, ambas de 1992 —, e do empoderamento progressivo do judiciário, conforme o Knesset se fragmentava, com o declínio da elite laica *ashkenazi*. A Suprema Corte de Israel, por meio de sucessivos avanços oportunistas em sua jurisprudência, mesmo à revelia de qualquer permissivo legal, passou a controlar os atos governamentais a pretexto de “poderes implícitos” e “razoabilidade”. Após consolidar essa fronteira, não tardou para confrontar diretamente os atos do próprio parlamento. No rumoroso caso *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village* (1995) — originado, ironicamente, de uma disputa sobre uma legislação social que restringia a cobrança retroativa de dívidas bancárias escorchantes, para proteger pequenos e médios agricultores superendividados — um banco israelense recorreu à Suprema Corte contra o Estado, argumentando que a anistia legal de juros violaria os seus direitos fundamentais de propriedade e a sua liberdade contratual, garantidos pelas Leis Básicas de 1992. Sob a liderança do juiz Aharon Barak, a Suprema Corte declarou, por iniciativa própria, que as Leis Básicas possuíam *status* constitucional, sendo, desse modo, hierarquicamente superiores à legislação ordinária. O

Esse duplo movimento fortaleceu o controle judicial no plano doméstico, havendo uma expansão do ativismo judicial, também em solo britânico, desde o Governo Thatcher (1979-1990), num processo gradual que culminou, em 2009, na criação da Suprema Corte do Reino Unido¹⁷². Nessa recente janela histórica, os tribunais britânicos passaram a fiscalizar mais ativamente os atos de governo e a legalidade de suas ações, debilitando a clássica invocação do primado da soberania parlamentar. Essa crescente assimilação do controle judicial a nível doméstico, após séculos de lealdade ao constitucionalismo clássico, foi, portanto, resultante da complexa articulação entre o governo doméstico e o novo contexto de globalização financeira¹⁷³ (Ginsburg, 2003).

Refletindo sobre a tônica global desse fenômeno, Ginsburg (2003) recorda que, durante as discussões sobre a criação do Sistema das Nações Unidas — que teve Hans Kelsen como um dos seus juristas-arquitetos por excelência —, chegou-se ao limite de se debater a possibilidade de sujeitar as decisões do Conselho de Segurança, em caráter de apelação, à competência revisora da Corte Internacional de Justiça (CIJ), espelhando uma ambição de submeter mesmo da complexa realidade geopolítica ao controle

Tribunal ainda se autoconcedeu o privilégio de revisar e invalidar normas sob o fundamento de inconformidade com essas “leis básicas”, mesmo na ausência de uma constituição formal. Essa decisão introduziu o *judicial review* em Israel nos anos 1990, à revelia do parlamento, e, por sua importância fundacional, tem sido frequentemente comparada ao célebre caso *Marbury v. Madison* (1803). Não há razões para supor, portanto, que o desafio judicial direito à autoridade do governo inglês, fruto direto da maioria legislativa, vá manter incólume, a longo prazo, a própria instância parlamentar (Hirschl, 2004).

¹⁷² A Suprema Corte do Reino Unido foi instituída apenas em 2009, sob pressão do bloco europeu, por meio do *Constitutional Reform Act* de 2005, substituindo o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes, que historicamente articulava funções judiciais e legislativas segundo a quase milenar tradição inglesa do *common law*. Sua criação visou atenuar o primado da soberania parlamentar, que, até aqui, ainda impede invalidação judicial direta de leis. Nesse sentido, o papel da Corte ainda se limita à emissão de apelos ao legislador, na forma de “declaração de incompatibilidade”, sempre que julgar que uma lei fere direitos fundamentais, recomendando a sua revisão, num modelo fraco de *judicial review*. Em perspectiva comparada, no entanto, a tendência verificada em sistemas anteriormente alinhados ao padrão de Westminster tem sido a expansão gradual do controle judicial, com as cortes avançando paulatina e oportunisticamente em suas competências, para anular diretamente leis e atos do poder público, como exemplifica a experiência recente do Canadá e de Israel (Hirschl, 2004). Nesse prumo, a Suprema Corte do Reino Unido já avançou no sentido de sustar diretamente atos do governo, de base parlamentar, como nos casos *Miller I* (2017) e *Miller II* (2019), em que impôs a necessidade de aval parlamentar prévio ao Brexit, a despeito de um plebiscito confirmatório prévio dessa decisão, e barrou a tentativa do governo Boris Johnson de suspender o Parlamento temporariamente, num momento crítico das negociações de saída da União Europeia (Fennell, 2008; Fitzgerald, 2004; Mentasti, 2020; Hirschl, 2004). Além disso, muito antes da função da Suprema Corte, o *Privy Council* atuava como instância revisora de decisões judiciais em países da Commonwealth. Embora ainda exerça esse papel estabilizador, tal instância enfrenta crescentes oposições, por ser vista como um resquício do colonialismo britânico. Como reflexo dessa resistência, países como o Canadá e a Austrália aboliram totalmente a sua jurisdição, enquanto outros países da Comunidade de Nações buscaram ampliar a sua autonomia judicial, sendo provável que a competência revisora do *Privy Council* seja totalmente esvaziada (Ginsburg, 2003; Burns, 1984).

¹⁷³ Embora tenha se arrefecido, tal tendência certamente não se desfez com o Brexit, já que o Reino Unido continua sendo membro do Conselho da Europa e permanece vinculado à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

judicialiforme. Embora tal proposta tenha sido expressamente rejeitada — já que o realismo dos conflitos militares internacionais desafia os limites do racionalismo barroco dos juristas —, a CIJ ainda chegou a reavivar tal possibilidade *em passant*, no caso *Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia* (1996)¹⁷⁴. Essa ampliação do papel político do judiciário, ao que se vê, é indissociável da governança transnacional do pós-guerra, sendo certo que o seu discurso fundador deixa escapar parte relevante dos seus determinantes históricos.

Ginsburg (2003) aponta que a proliferação de cortes constitucionais em novas democracias se consolidou como uma tendência crescente entre os redatores constituintes no último terço do século XX, inclusive em países ainda distantes de uma consolidação democrática, como Camboja e Moçambique. O modelo mais comumente adotado por essas democracias emergentes tem sido o europeu-continental, com temperamentos do próprios do pioneiro modelo americano. Segundo o autor, essa preferência por um arranjo centralista se deve, em grande medida, à desconfiança em relação à justiça comum, vista como excessivamente compromissada com as pregressas estruturas político-oligárquicas e, portanto, comprometidas no que tange à sua imparcialidade. A criação de cortes insulares buscaria garantir maior legitimidade e profissionalismo na revisão judicial, ao se atribuir tal função a um órgão especializado e independente, teoricamente protegido do assédio político¹⁷⁵.

O avanço da revisão judicial refletiria, ademais, uma mudança valorativo-normativa na cultura jurídica global, com acadêmicos e políticos crescentemente problematizando os inconvenientes de uma democracia baseada exclusivamente em processos eleitorais-representativos, apontado a necessidade de garantias constitucionais robustas para a proteção duradoura de “compromissos fundamentais”. Embora o crescimento desse fenômeno esteja, de fato, associado a uma grade normativa de maior

¹⁷⁴ No caso *Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia* (1996), julgado pela CIJ/ONU, a Bósnia-Herzegovina acusou a então República Federal da Iugoslávia — hoje Sérvia e Montenegro — de cometer um genocídio durante o conflito das Balcãs, em violação à Convenção contra o Genocídio de 1948. A Corte, em decisão preliminar, afirmou sua jurisdição para julgar o caso, estabelecendo precedentes importantes sobre a responsabilidade estatal em crimes de genocídio, mesmo antes de uma decisão final de mérito. No entanto, no julgamento final, em 2007, acabou concluindo que, embora tenha efetivamente ocorrido tal crime em Srebrenica, a Sérvia não poderia ser diretamente apontada como o seu responsável, embora tivesse notoriamente falhado em prevenir esse resultado e em colaborar com a responsabilização dos autores, numa violação às suas obrigações internacionais (CIJ, 1996).

¹⁷⁵ Como se sustentou em passagem anterior, é possível especular uma explicação alternativa: o sucesso desse modelo *top-down* pode derivar justo da cultura autárquica desses países e do seu baixo enraizamento democrático, de sorte que as cortes constitucionais operem como um substituto funcional para velhos arranjos paternalistas de tutela político-militar.

conscientização global sobre os Direitos Humanos, especialmente quanto às minorias¹⁷⁶, mesmo Ginsburg (2003) reconhece que fatores extrajurídicos, como a difusão do sistema político e o declínio de elites antes hegemônicas, podem ter desempenhado um papel mais central em sua consolidação e inegável sucesso.

Ginsburg (2003) examina com profundidade os desafios enfrentados no desenvolvimento do controle judicial em um contexto inusual: o das novas democracias asiáticas, enfatizando a tensão entre tradições culturais coletivistas milenares desses países e o novo constitucionalismo liberal, de matriz fortemente individualista. O confucionismo, cuja origem remonta à China Imperial, valoriza precipuamente a preservação da ordem social e a centralização do poder em torno da figura do Imperador, sem que se cogitem mecanismos formais de controle legal sobre tal autoridade. Mesmo após a dissolução das estruturas imperiais, essa cosmovisão permaneceu influente na cultura política da região, nisso contrastando decisivamente com a cultura ocidental, pautada no individualismo e na limitação do poder estatal por meio de arranjos de freios e contrapesos institucionais.

Assim, já de partida, a cosmovisão confucionista, que posiciona o direito essencialmente como um instrumento de controle estatal e de afirmação da primazia da comunidade política sobre o indivíduo, suscitou bastante ceticismo quanto à compatibilidade da Ásia com o credo do neoconstitucionalismo. No entanto, Ginsburg (2003) condena essa percepção culturalista, reputando-a uma simplificação grosseira. A seu viso, as tradições jurídicas ocidentais e orientais são complexas e multifacetadas, abrigando elementos tanto hierárquicos quanto individualistas e, a despeito da variabilidade multicultural, seria reducionista antever qualquer tipo de incompatibilidade nas crenças de um país ou região com a governança democrático-liberal¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Um conceito tão versátil a ponto de comportar dos mais desvalidos e marginalizados às elites financeiras transnacionais, ciosas da defesa do seu “direito fundamental” quase absoluto de propriedade, cuja garantia de inviolabilidade foi otimizada pela globalização neoliberal, como atesta o rumoroso caso israelense *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village* (1995), citado anteriormente.

¹⁷⁷ O autor acerta ao destacar esse ponto, porém, frente a essa mesma diversidade cultural e política, é fundamental problematizar o notável sucesso global dessa governança baseada no empoderamento tecnocrático. Isso porque, embora certamente esse sistema apresente variações sensíveis nas suas configurações institucionais locais, a sua estrutura normativa, num nível discursivo, apoia-se em pilares relativamente homogêneos e coesos, que muitas vezes negligenciam as especificidades de cada contexto nacional, sem, paradoxalmente, que isso comprometa o seu inegável êxito. A judicialização seria mesmo um sintoma da proliferação democrática ou, em revés, uma atualização de velhos arranjos coloniais e autárquicos anacrônicos sob uma linguagem cosmopolita, nos trilhos de uma nova racionalidade antipopular e essencialmente autoritária?

Em contraponto, Ginsburg (2003) argumenta que certos aspectos do confucionismo — como a alta deferência social a um modelo de administração a cargo de elites burocráticas —, poderiam, paradoxalmente, servir de base para sustentar o empoderamento judicial, sem suscitar grandes controvérsias quanto à sua legitimidade¹⁷⁸. Desse modo, fatores estritamente culturalistas não podem ser superestimados na investigação sobre o fortalecimento político do Judiciário, pois as tradições jurídicas não são estanques, podendo ser continuamente ressignificadas para apoiar a emergência de novas instituições e tecnologias políticas, como a democracia constitucional e a revisão judicial.

Nessa trilha, o estudo comparado conduzido por Ginsburg (2003), num olhar inovador para novas democracias asiáticas, busca explicar o empoderamento judicial a partir de fatores institucionais e políticos, desafiando idealizações culturalistas que posicionam o Estado de Direito com um excepcionalismo ocidental. O autor amplia, assim, o campo do direito constitucional comparado, enfocando contextos para além dos Estados Unidos e da Europa Ocidental, onde a revisão judicial já se acha notoriamente consolidada.

Ginsburg (2003) pontua que a abordagem centrada na irradiadora experiência americana embute riscos, já que a própria Constituição dos EUA não apenas não menciona o controle judicial, como o recusou expressamente nos debates constituintes da Convenção da Filadélfia, tornando a sua legitimidade democrática uma questão de permanente debate naquele país. Em contraste, a maioria dos sistemas jurídicos estabelecidos no pós-guerra não enfrenta essa fragilidade, pois possuem constituições codificadas e rígidas, que, ao menos formalmente, reconhecem o poder revisional das cortes constitucionais. Outro desafio apontado pelo autor é o caráter autocentrado da prática americana¹⁷⁹, já que o controle judicial em outras partes do mundo se baseia

¹⁷⁸ Nessa passagem, o autor, numa aparente contradição com o seu otimismo a democracia constitucional, parece reconhecer abertamente o sucesso de fórmulas elitistas e *top-down* em um tecido cultural permeável a fórmulas centralizadoras.

¹⁷⁹ De fato, é frequente que tribunais de diferentes tradições jurídicas cite casos estrangeiros como forma de legitimar suas decisões, tanto em sistemas de *common law* quanto de *civil law*. Por outro lado, os EUA, embora frequentemente estimulem ou mesmo exijam a submissão de outros países à jurisdição de órgãos supranacionais — como a Corte Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Corte Internacional de Justiça (CIJ), os painéis de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Tribunal Penal Internacional (TPI) —, mantêm uma postura notoriamente refratária quando se trata de sua própria vinculação a esses mesmos dispositivos. Casos como *Medellín v. Texas* (2008) e *Bond v. United States* (2014) exemplificam essa resistência crônica, tendo a Suprema Corte reiteradamente condicionado a aplicação interna de tratados internacionais, para além dos típicos mecanismos de ratificação internalizadora, à necessidade de suplementação pela legislação doméstica, restringindo

frequentemente no diálogo com normas internacionais e precedentes paradigmáticos de outros países, espelhando um ideal mais cosmopolita de Estado de Direito.

Para Ginsburg (2003), a genealogia americana do *judicial review*, que tem no caso *Marbury v. Madison* o seu ponto de partida, pode, ainda, induzir uma percepção equivocada de que o controle judicial só se estabelece por meio de “grandes casos”, nos quais o tribunal constitucional desafia frontalmente o sistema político¹⁸⁰. Essa abordagem, a seu ver, ignoraria que, na maioria dos contextos, sobretudo em novas democracias, o controle judicial tende a emergir gradualmente¹⁸¹, sem contar necessariamente com decisões marcantes ou grandes tensionamentos inaugurais.

Em sua obra, Ginsburg (2003) apresenta três questões centrais de investigação: (1) que fatores levam países a adotarem a revisão judicial em contextos de (re)democratização; (2) o que explica, entre os países e ao longo do tempo, a considerável variabilidade no desenho institucional e nas prerrogativas conferidas aos tribunais constitucionais; e (3) por que algumas dessas cortes exercem o controle de constitucionalidade de forma mais ativa e assertiva que outras. Em todos os casos, a sua resposta converge para a dinâmica de fragmentação político-partidária do sistema político.

A partir da análise das trajetórias de democratização da Coreia, Taiwan e Mongólia, Ginsburg (2003) conclui que, durante o processo de elaboração constitucional, as elites políticas, caso antevejam a possibilidade de perda de influência relativa após a promulgação de uma nova Constituição, tendem a apoiar a criação de tribunais mais robustos como uma forma de “seguro eleitoral”. Esse mecanismo institucional visaria, em síntese, conter os potenciais excessos de futuras majorias e proteger os interesses

excessivamente os seus efeitos diretos sobre o plano interno. Como se vê, trata-se do velho “faça o que digo e não o que faço” (Sloss, 2011).

¹⁸⁰ Como se viu no Capítulo 1, tal leitura parece superestimar o papel do caso *Marbury* quando tomado em seu próprio contexto e tempo, além de qualificá-lo como uma espécie de oposição ativa do judiciário diante dos demais Poderes, quando, na verdade, o ocorrido foi muito mais uma operação de acomodação política e de recuo tático do Judiciário, encurralado diante das ameaças dissuasórias do governo Jefferson, com forte base popular e sólida maioria no Congresso.

¹⁸¹ Novamente, o autor parece minimizar a natureza gradual do próprio modelo americano. Com efeito, embora o caso *Marbury v. Madison* (1803) tenha instituído — precariamente — as bases da revisão judicial na tradição americana, a Suprema Corte manteve uma atuação relativamente contida ao longo do seu primeiro século de fundação, sem contar sequer com uma sede própria. Evidência disso é que, centrando-se inicialmente em disciplinar os estados-membros, num esforço de centralização pró-União, somente meio século após o caso *Marbury*, no rumoroso *Dred Scott v. Sandford* (1857), o Tribunal voltou a invalidar parte de uma lei federal — o *Missouri Compromise* de 1820. Uma atuação mais assertiva da Corte no controle da legislação federal só se aprofundaria durante a chamada *Era Lochner* (1897-1937), limitando a nascente legislação social e regulatória a pretexto de preservar o ideário do *laissez-faire* num contexto de franco declínio do paradigma liberal (Marchese, 2016).

dessas elites tradicionais em contextos de reconfiguração do equilíbrio de poder, em razão do aumento da competição eleitoral.

Por outro lado, grupos mais confiantes em sua capacidade de manter sua hegemonia tendem a estruturar tribunais com menos poderes, reduzindo o risco de intrusão judicial em sua agenda. De qualquer forma, mesmo após a promulgação de uma nova constituição, o grau de dirigismo judicial seguirá permanentemente condicionado pela dinâmica do sistema político e pelo seu nível de difusão. Assim, sistemas marcados por maior fragmentação partidária e dispersão de poder costumam criar mais oportunidades para o protagonismo judicial, enquanto contextos de concentração de poder, liderados por partidos dominantes, tendem a inibir a assertividade dos tribunais (Ginsburg, 2003).

Na tese do “seguro eleitoral”, a incerteza política induz a adoção da revisão judicial como uma salvaguarda para elites declinantes, preocupadas com a ascensão de novas forças de contestação, e um mecanismo de proteção contra mudanças abruptas no equilíbrio de poder¹⁸². Desse modo, após a promulgação constitucional, a dispersão do poder político tenderá a expandir o espaço de atuação dos tribunais, já que a fragmentação partidária mitiga a possibilidade de uma reação coordenada contra o judiciário. Os casos asiáticos analisados confirmam essa hipótese, mostrando que, na transição de regimes personalistas para o *rule of law*, a dispersão do poder político foi decisiva para o fortalecimento do controle judicial, independentemente da pré-existência de uma tradição universalista de direitos (Ginsburg, 2003).

Para Ginsburg (2003), o poder dos tribunais nas novas democracias passa por três determinantes centrais: (1) o seu *design* constitucional, (2) o processo de recrutamento e seleção dos seus juízes, e (3) o contexto contingente que presidiu a sua delegação de autoridade política. Em todos os casos, a configuração eleita pelos arquitetos constitucionais está ligada ao grau de dispersão do sistema político ou à expectativa de sua ocorrência no contexto pós-constituente. Em regimes caracterizados por um partido

¹⁸² Nos EUA, o caso Marbury se inscreve justo na conturbada transição política das declinantes elites federalistas em favor das forças desafiantes lideradas por Jefferson. Já no Brasil, o controle judicial, embora formalmente instituído pela Constituição de 1891, só ganhou relevância prática com a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou as competências do STF no contexto da transição negociada da Ditadura rumo à redemocratização. No entanto, o protagonismo mais acentuado do STF só se consolidou a partir da transição do governo FHC para a gestão Lula. Koerner (2013) argumenta que essa intensificação do controle judicial decorreu de uma interação complexa de fatores, combinando a desconfiança das elites políticas em relação ao novo governo, o aumento da fragmentação partidária, as dificuldades de articulação legislativa do Executivo e a renovação da composição do STF. Esse conjunto de determinantes concorreu para a viabilização de reformas que ampliaram progressivamente a autonomia e a capacidade de intervenção do STF no cenário político-institucional.

amplamente dominante, por exemplo, haverá uma tendência maior de limitar o número de assentos nas cortes constitucionais e de encurtar os seus mandatos, espelhando a baixa perspectiva de emergência de uma facção desafiante. Da mesma forma, o grau de abertura processual — ou seja, o número de atores legitimados a acionar a corte — tenderá a ser mais amplo em contextos de maior fragmentação política.

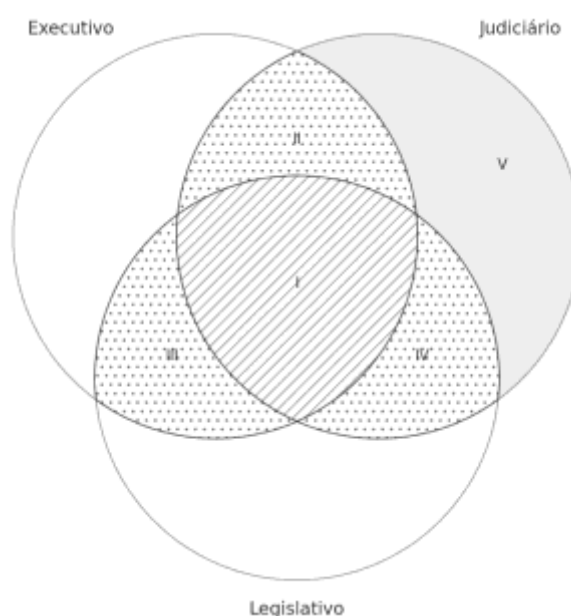
Rejeitando a abordagem formalista¹⁸³ — derivada da ficção positivista, que concebe as cortes constitucionais como meras aplicadoras neutras da lei —, o autor reconhece com naturalidade que os tribunais efetivamente legislam. No entanto, pontua que o fazem de forma interdependente, sendo permanentemente condicionados pelas preferências e dinâmicas próprias do sistema político subjacente. Os parlamentos possuiriam instrumentos relevantes para contornar precedentes adversos, e os sistemas constitucionais frequentemente comportam mecanismos derogatórios para neutralizar ou reverter decisões judiciais. A capacidade de reação, no entanto, será determinada pelo grau de fragmentação do sistema político. Essa complexa rede de interações entre o judiciário e os demais poderes insere as *judicial review* em um contínuo processo de diálogo institucional, em que as cortes operam como uma “terceira câmara” não-eleita, numa permanente transação política.

Na democracia constitucional, as cortes podem atuar de forma estratégica e calculada, tanto *ex ante* quanto *ex post*. Ainda assim, os juízes exercem seu poder por meio da interpretação e da aplicação das leis, sem prescindir totalmente de algum nível

¹⁸³ A rejeição a essa perspectiva jurídico-formalista se acha amplamente consolidada na literatura, especialmente a reboque dos estudos atitudinais e estratégicos de tomada de decisão judicial. Ambas ressaltam que os juízes não atuam como meros aplicadores mecânicos da lei, tal qual idealizara Montesquieu. O judiciário decide de forma contingente, influenciado pelo contexto social e político, e não apenas por uma interpretação literal dos textos jurídicos. O modelo atitudinal, defendido por Segal e Spaeth (1993), sustenta que as decisões judiciais refletem predominantemente as preferências ideológicas e os valores pessoais dos magistrados, previamente investigados e calculados pelos agentes políticos responsáveis pelas suas nomeações. Segundo essa abordagem, as escolhas dos juízes são moldadas por convicções político-ideológicas individuais, que frequentemente se sobrepõem a restrições formais, legais ou institucionais. Parte-se da premissa de que o Direito oferece considerável margem interpretativa aos juízes, especialmente em casos complexos ou ambíguos, eminentemente normativos, permitindo que os magistrados decidam de acordo com suas inclinações pessoais. Esse modelo posiciona o Judiciário, portanto, não como um ator guiado por princípios universais, mas como um agente político influenciado por crenças subjetivas e interesses contextuais. Por outro lado, o modelo estratégico, desenvolvido por Epstein e Knight (1998), embora reconheça a influência ideológica destacada pelos atitudinalistas, argumenta que os juízes atuam de forma mais calculista, considerando o ambiente político abrangente e as reações dos demais atores institucionais ao proferirem suas decisões. Nesse modelo, as decisões judiciais resultam de um cálculo estratégico sobre como serão recebidas e implementadas pelos poderes e pelos demais *stakeholders* relevantes. O comportamento judicial busca maximizar a autoridade judicial e evitar confrontos que possam comprometer a legitimidade e a posição do tribunal. Desse modo, embora essas duas grandes tradições interpretativas classicamente polarizem em suas perspectivas, ambas convergem em rejeitar a visão formalista do judiciário como um mero intérprete neutro e técnico da lei, realçando o papel decisivo de fatores extrajurídicos e das dinâmicas políticas subjacentes.

de instrumentalização da razão jurídica, ainda que em detida interação estratégica com os demais ramos governamentais. Essa dinâmica estratégica torna-se mais facilmente compreensível a partir da representação gráfica esboçada a seguir. No diagrama de Venn proposto, cada círculo busca representar esquematicamente as preferências autênticas de cada ramo ou poder, de modo que a otimalidade decisória se inscreva em suas zonas de convergência — em um sistema político ideal clássico, tridimensional, com equilíbrio razoável de *checks and balances*:

Imagem 2 - Diagrama de Venn ilustrando o grau de convergência das preferências entre os ramos governamentais em um tipo ideal de sistema político tripartite equilibrado:



Fonte: elaboração própria.

Nesse esquema ideal, a área hachurada, de tripla interseção (zona I), representa as decisões potenciais da corte constitucional com altíssima probabilidade de implementação, não apenas por não contrariarem as preferências dos demais ramos, mas por refletirem pontos de máxima convergência institucional no sistema político. Já as áreas de dupla convergência (zonas II, III e IV) contam com uma probabilidade ainda razoável de implementação, por isolar apenas um dos ramos. Por fim, a superfície das preferências exclusivas do judiciário (zona V), por estarem flagrantemente descasadas das preferências compartilhadas pelos demais ramos, tende a contar com uma probabilidade de *enforcement* mitigada, ampliando o risco de articulações contramobilizadoras dos demais poderes, caso se forme uma frente minimamente coesa de oposição à decisão judicial.

Assim, a judicialização pouco tem a ver com a aplicação neutra de regras positivas, uma vez que as constituições são documentos políticos, contingentes e mutáveis, moldados pelas mãos dos constituintes em processos que miram um futuro inevitavelmente incerto. A interpretação constitucional bem-sucedida, idealmente, não deve ser monopolizada por uma burocracia técnica, mas sim fundamentar-se em um diálogo institucional contínuo e produtivo, capaz de fortalecer a autodeterminação democrática, promover o equilíbrio entre os poderes e favorecer a integração nacional. Desse modo, embora reconheça que o *judicial review* não seja, por si só, um requisito indispensável para a manutenção de uma ordem democrática, Ginsburg (2003) salienta a sua utilidade estratégica particularmente no contexto das novas democracias, em que o baixo nível de consenso em torno da governança política pode comprometer gravemente a estabilidade institucional do país, reclamando mecanismos adicionais de moderação política.

Os tribunais constitucionais podem desempenhar um papel fundamental na preservação da estabilidade democrática ao converterem eficazmente os conflitos políticos em diálogos constitucionais legítimos e produtivos. No entanto, decisões imprudentes também podem agravar crises existentes. Citando o provérbio “quando os elefantes lutam, é a grama que sofre”, Ginsburg (2003) destaca como disputas políticas intensas podem ter efeitos devastadores para a democracia, paralisando o sistema político¹⁸⁴ e abrindo margem para arbitragens *manu militari*. Assim, caso atuem de forma equilibrada e eficaz, os tribunais têm o potencial de mitigar essas externalidades da fragmentação política, fortalecendo as instituições e protegendo a democracia.

¹⁸⁴ Em estudo seminal sobre o impasse que culminou no Golpe de 1964, Santos (1973) argumentou que a ruptura resultou da ampla paralisia decisória do sistema político, produzida por um forte desequilíbrio entre os poderes. Nesse arranjo, o Legislativo concentrava formalmente o poder decisório, enquanto o Executivo permanecia enfraquecido e excessivamente dependente da autorização parlamentar para implementar a sua agenda, como reflexo de uma reação da Constituição de 1946 ao trauma centralizador do Estado Novo. O Judiciário, por sua vez, era praticamente inexpressivo. Esse arranjo disfuncional alimentou a instabilidade crônica da República Populista, em um contexto de fragmentação partidária e de polarização ideológica exacerbada, tendo o sistema político priorizado a agitação e o confronto em detrimento de compromissos substantivos. Após 1964, o regime militar instaurou um novo (des)equilíbrio entre os poderes, restaurando o protagonismo imperial do Executivo no processo legislativo, num modelo que, paradoxalmente, influenciaria em parte o desenho institucional da Constituição de 1988, nos trilhos da redemocratização. A recente crise política, no pós-impeachment de Dilma Rousseff, parece igualmente tributária dessa dependência de um Executivo robusto para funcionalizar e estabilizar a democracia brasileira. Com efeito, a erosão da capacidade governativa e a perda de mecanismos eficazes para coordenar a fragmentada coalizão parlamentar — como o enfraquecimento das medidas provisórias e a redução da discricionariedade no pagamento de emendas parlamentares — contribuíram decisivamente para o restabelecimento de um modelo de crise política permanente.

Desenhadas pelos arquitetos constitucionais e dotadas de ferramentas para resguardar o pacto constitucional, as cortes decerto não exercem um poder fixo ou imutável. Em revés, a sua autoridade será ampliada ou enfraquecida¹⁸⁵ pelas escolhas que fizerem ao longo do tempo, uma vez que podem (1) confrontar diretamente os demais poderes ou buscar alianças estratégicas; (2) avançar de forma gradual e sóbria em suas decisões ou adotar uma postura mais assertiva, partidarizada e abrupta, em busca de ganhos mais amplos de influência; e/ou (3) selecionar cuidadosamente os seus embates para preservar sua legitimidade ou agir de modo precipitado, desencadeando retaliações severas, que comprometam seu prestígio e autoridade (Ginsburg, 2003).

Comparável à contratação de um “seguro” em cenários políticos de incerteza, o *judicial review*, no contexto de elaboração de uma nova constituição, emerge como uma salvaguarda para grupos políticos que não têm garantias de permanência prolongada no poder. Essa percepção de vulnerabilidade induz a aceitação da arbitragem judicial como um mecanismo estratégico para proteger minimamente os interesses dessas elites retirantes a médio e longo prazo. No nível macro, ao mitigar os riscos de uma transição de poder ou de um processo de redemocratização, essa abordagem diminui os custos associados à formalização de compromissos constitucionais, facilitando a construção de consensos mínimos, que, de outra forma, poderiam ser inviáveis (Ginsburg, 2003).

A configuração da revisão judicial, portanto, varia de acordo com o equilíbrio conjuntural de poder. Quando um único partido domina o processo constituinte, segue-se uma tendência de criação de tribunais mais fracos e com acesso limitado, para preservar a discricionariedade ambicionada pelo grupo instalado *establishment*, prevenindo restrições à sua agenda¹⁸⁶. Em contraste, em cenários de equilíbrio entre dois ou mais partidos de força semelhante, as elites partidárias tendem a optar por um tribunal constitucional mais robusto e acessível, de modo a garantir uma proteção mais efetiva

¹⁸⁵ No caso da Mongólia, analisado por Ginsburg (2003), o desenho do tribunal constitucional foi influenciado pelo domínio do Partido Revolucionário do Povo da Mongólia (MPRP) durante a transição democrática pós-URSS, embora sob pressão de forças opositoras emergentes. O tribunal foi desenhado com ampla acessibilidade ao público, recepcionando petições diretas, mas o seu poder acabou sendo limitado pela exigência de que suas decisões de inconstitucionalidade fossem confirmadas pelo Parlamento, em função de intervenções desastrosas, que confrontaram aberta e seguidamente o controle do partido dominante.

¹⁸⁶ Como ocorreu, no estudo comparativo de Ginsburg (2003), em Taiwan, em que, sob o domínio inicial do hegemônico Kuomintang (KMT), se optou pela instituição de um tribunal constitucional fraco — o Conselho de Grandes Juízes —, com acionamento limitado a um rol enxuto de atores e reduzidos poderes de revisão abstrata. Contudo, à medida que o controle político exercido pelo KMT foi se enfraquecendo, o Tribunal gradualmente ampliou sua autoridade, expandindo suas competências e se tornando um ator mais relevante na paisagem política.

contra o risco eventual de uma futura maioria circunstancial buscar impor-lhes unilateralmente os seus desígnios ¹⁸⁷.

Para Ginsburg (2003), para além da proteção de minorias, os tribunais constitucionais desempenham um papel crucial na estabilização política e econômica, especialmente em contextos de transição do autoritarismo rumo à democracia. Esses foros podem salvaguardar as elites retirantes contra revanchismos, resguardando os seus direitos e atuando na prevenção de conflitos internos, de rebeliões e até mesmo de oportunismos separatistas. Além disso, ao protegerem os direitos de propriedade e garantirem estabilidade aos contratos já firmados, acautelam a necessária segurança jurídica em um cenário de transnacionalização do capital financeiro, reduzindo incertezas e desestimulando a fuga de capitais. Tais soluções de compromisso, a seu ver, contribuem para a crucial preservação da estabilidade política e econômica em momentos de ampla reconfiguração constitucional.

Em sua pesquisa comparativista, Ginsburg (2003), num cotejo com a sua hipótese fundamental do seguro eleitoral em meio à difusão política, contrastou diversas hipóteses alternativas para explicar o desenvolvimento da revisão judicial em novas democracias. Para principiar, o autor contesta a tese da influência externa da governança ocidental. De acordo com tal perspectiva, países secundários, como Taiwan, Coreia e Mongólia, topograficamente situados na zona de influência de potências como a China, buscariam emular práticas ocidentais — incluindo a revisão judicial —, como parte de uma estratégia de modernização e de estabilização econômica e institucional. A implementação de instituições inspiradas em modelos ocidentais teria o condão de atrair apoio internacional, estimular fluxos de capital e operar como um contrapeso ao poderio chinês. No entanto, o estudo ressalta que, embora Taiwan e a Coreia do Sul tenham sido fortemente influenciados pelos EUA durante os seus regimes autoritários, ambos optaram por um modelo de revisão judicial centralizado, inspirado no sistema europeu ¹⁸⁸. Esse

¹⁸⁷ Como foi, no estudo comparado de Ginsburg (2003), o caso da Coreia do Sul. Durante a reforma constitucional de 1987, o cenário político sul-coreano era marcado por razoável equilíbrio entre três grandes facções, lideradas por Kim Young-sam, Kim Dae-jung e pelo general Roh Tae-woo. Neste sistema fragmentado, nenhuma das facções detinha controle unilateral ou ascendência sobre o processo decisório. Assim, a incerteza política os incentivou à criação de um tribunal constitucional forte e acessível, inspirado no modelo alemão, investido de mecanismos assecuratórios do compromisso constitucional e da previsibilidade jurídica, em um ambiente de competição equilibrada entre as várias forças políticas.

¹⁸⁸ O autor parece atribuir importância excessiva às diferenças nas modelagens institucionais do controle de constitucionalidade, negligenciando sua essência fundamental, que aproxima os modelos europeu e americano: a submissão da legislação à supervisão de uma elite burocrática. Neste trabalho, em contraste, argumenta-se que a transnacionalização da revisão judicial foi decisivamente moldada pela hegemonia das instituições ocidentais.

achado sugeriria que tais escolhas são determinadas de forma predominante por dinâmicas políticas endógenas, mais do que por determinantes externos¹⁸⁹.

Ginsburg (2003) também explora a hipótese segundo a qual a pré-existência de regimes militares pode facilitar a transição para uma democracia constitucional com um judiciário empoderado, por seu potencial de promover um retorno seguro e controlado dos militares aos quartéis. A seu ver, a gramática do Estado de Direito, em casos tais, permitiria uma retirada institucionalmente estável e sem revanchismos, resguardando os interesses das elites que sustentaram o regime de exceção em declínio e, assim, acelerando uma redemocratização pacífica. Nesse sentido, o autor destaca o caso do Chile, em que o fortalecimento judicial foi impulsionado pelo processo de transição pós-Pinochet, assim como se deu nos casos da Coreia do Sul e da Mongólia¹⁹⁰.

Além disso, Ginsburg (2003) argumenta que o modelo de *judicial review*, fundamentado em instituições civis flexíveis e adaptáveis, pode facilitar a gestão gradual e equilibrada de sucessivos impasses políticos, atenuando a octanagem desses conflitos e reduzindo os incentivos ao recurso extremo e disruptivo dos golpes ou das revoluções. A seu ver, tal fator explicaria o fortalecimento das cortes constitucionais em contextos de transição democrática, especialmente quando bem utilizadas como instrumentos para promover a estabilidade institucional e assegurar a consolidação do novo pacto democrático.

O autor também sugere que a velocidade da transição e o momento da reforma constitucional podem influenciar o fortalecimento das cortes constitucionais, na medida em que reformas rápidas e bem circunscritas, numa transição controlada ou negociada, tendem a delinear com mais clareza o novo arranjo político a ser assegurado pela via do controle de constitucionalidade, reduzindo, por conseguinte, a insegurança econômica e político-institucional da marcha redemocratizante.

Outra variável analisada por Ginsburg (2003) é a força do presidencialismo, que, de acordo com Ackerman (1991)¹⁹¹, tenderia a favorecer a revisão judicial, especialmente

¹⁸⁹ O autor parece reduzir a influência geopolítica à mera escolha filial dos modelos de *judicial review*, em linha com o dogmatismo constitucional, novamente superestimando as suas clivagens distintivas, além de não atinar para o fato de que o dito “modelo europeu” foi fortemente reconfigurado pela influência dos EUA na reconstrução da Europa Ocidental.

¹⁹⁰ Embora o autor não chegue a citar o Brasil, é rigorosamente este o caso da experiência nacional.

¹⁹¹ Ackerman (1991) advoga que um presidencialismo forte impulsionaria o *judicial review*, posicionando o judiciário como árbitro natural dos conflitos entre governo e legislatura. No entanto, essa visão apresenta grande fragilidade, por adotar um viés excessivamente formalista e normativo. Em sua obra, o autor parece considerar a força do governo essencialmente nos termos abstratos da expressão de suas prerrogativas constitucionais formais, sem avaliar como essa “força” se manifesta em termos concretos, especialmente à luz de sua ressonância e sustentação junto à base parlamentar. Um governo com amplas prerrogativas

em contextos nos quais os presidentes detêm amplos poderes constitucionais. Nesses cenários, a revisão judicial se tornaria um mecanismo de salvaguarda da democracia, dada a exigência de árbitros institucionais capazes de mediar as inevitáveis disputas entre os poderes executivo e legislativo.

No entanto, o estudo de Ginsburg (2003) contesta empiricamente tal leitura normativa, ao sugerir que a fragmentação partidária exerce um papel mais determinante sobre o fortalecimento judicial que o presidencialismo em sua expressão formal-constitucional em si. Na Coreia do Sul, por exemplo, embora o presidencialismo fosse formalmente robusto, a fragmentação do sistema partidário produziu um ambiente de maior competição institucional, ampliando o espaço para a arbitragem da corte constitucional. Lado outro, Taiwan, mesmo sob um modelo presidencialista formalmente semelhante, permaneceu sob a longa hegemonia do Partido Nacionalista Chinês (KMT), que, mantendo amplo controle sobre as instituições políticas, restringiu significativamente a intrusão judicial.

Por fim, Ginsburg (2003) contesta a hipótese segundo a qual a vitalidade da sociedade civil e a atuação ativa das carreiras jurídicas seriam fatores determinantes para impulsionar a revisão judicial. Segundo tal abordagem, uma sociedade civil pluralista e engajada, combinada a corporações jurídicas liberais e politicamente engajadas, produziriam incentivos inerciais para o recurso ao judiciário como um instrumento de contestação às ações governamentais e de promoção das liberdades civis. No entanto, o caso da Coreia do Sul desafia essa relação causal: a despeito de uma advocacia sóbria e de uma sociedade pouco participativa, o país apresentou um alto grau de dirigismo judicial, o que sugere que o fortalecimento da revisão judicial pode anteceder o desenvolvimento de um corpo social vibrante, e não o contrário.

Assim, Ginsburg (2003) conclui que a maioria das hipóteses alternativas exploradas — tradições culturais, influência externa, força do presidencialismo e

formais e respaldado por uma maioria sólida no legislativo, por exemplo, tende potencialmente a inibir a atuação disciplinadora do judiciário, pelo risco agravado de uma retaliação coordenada. Ginsburg (2003), em análise mais aprofundada, ultrapassa essa abordagem formalista ao articular o poder do executivo não apenas ao catálogo de suas prerrogativas constitucionais, mas à sua real capacidade de articulação política no parlamento. A experiência brasileira recente, pós-Dilma Rousseff, reforça essa interpretação: a crescente debilitação da autoridade do executivo e as dificuldades de coordenação da coalizão governista no legislativo, pela polarização fragmentadora, coincidiram com uma expansão inédita da atuação do STF, ilustrando como a difusão política pode ampliar a intrusão judicial. O tema será oportunamente retomado. De relevo para o momento, tem-se que não é a força teórico-formal do executivo que determina a propensão à intervenção judicial, mas sim a expressão da sua solidez de sua autoridade política, especialmente mediada pelo grau de fragmentação de sua base no legislativo. Esse fator, sim, condicionará de modo decisivo uma maior ou menor adjudicação nas relações interinstitucionais.

vitalidade da sociedade civil e das carreiras jurídicas — carece de solidez para explicar de forma consistente o empoderamento judicial a nível global. Em contraste, a teoria do seguro político se manteve sucessivamente consistente, evidenciando que a fragmentação partidária e a competição política são fatores determinantes para o fortalecimento das cortes constitucionais, especialmente no contexto de novas democracias.

A democracia, ao estabelecer centros de poder alternativos e ao reduzir as restrições ao discurso político, estimula a busca por soluções judiciais para arbitrar disputas institucionais, ampliando as possibilidades de contestação por parte de grupos desafiantes. No entanto, o grau de judicialização da política — isto é, a extensão e a intensidade da intrusão judicial na arena política — será permanentemente condicionado pela correlação das forças políticas em cada contexto. Além disso, embora o empoderamento judicial seja formalmente delineado pelo sistema constitucional, sua manifestação concreta será constantemente modulada pelo grau de dispersão do poder no sistema político (Ginsburg, 2003).

Nos países analisados — exceto na Mongólia, onde decisões judiciais excessivamente intrusivas geraram graves crises institucionais —, Ginsburg (2003) vê a revisão judicial como um fator predominantemente estabilizador. De fato, o desenvolvimento de diálogos institucionais produtivos, sustentados por mecanismos graduais de "sinal" e "contrassinal" entre os tribunais e o sistema político, permite que o papel contramajoritário das cortes seja moderado ao longo do tempo, enquanto as pressões institucionais influenciam a expansão ou o recuo gradual de seus poderes, conforme a intensidade da difusão política. Desse modo, se conduzida com prudência, por decisões incrementais, essa dinâmica tende a fortalecer tanto a autonomia judicial quanto a proteção aos direitos individuais, em consonância a gramática do Estado de Direito.

Em novas democracias, a judicialização provisiona um canal confiável para que tanto os defensores do restabelecimento da democracia quanto as elites de regimes autoritários em retirada possam se integrar ao jogo político de forma pacífica e institucionalizada. Além disso, a judicialização fornece um foro suprapartidário para a resolução de impasses, à luz de princípios mais amplamente aceitáveis, capturando e processando o conflito político nos trilhos da institucionalidade. Caso oportunize uma via para que os “perdedores” no processo eleitoral contestem as decisões da política, a revisão judicial aumentará, ainda, a probabilidade de que o conjunto dos atores permaneça leal

ao ordenamento democrático, aumentando o custo do recurso às soluções extrainstitucionais ou disruptivas (Ginsburg, 2003).

Para Ginsburg (2003), a revisão judicial emerge como um fenômeno intrinsecamente ligado à democratização, já que, fora dessa governança, a sua manifestação se tornaria pouco viável, na medida em que, em regimes autoritários, será improvável que autoridades hegemônicas se submetam voluntariamente a eventuais adjudicações restritivas¹⁹². A revisão judicial não apenas refletiria a difusão do poder político em contextos democráticos, mas também operaria como um contrapeso à concentração excessiva de poder em torno de uma única facção política. Dessa forma, embora a literatura frequentemente tematize a dificuldade contramajoritária sob a perspectiva de sua legitimidade democrática, o autor argumenta que a democracia e a revisão judicial podem se articular de forma complementar e produtiva, num processo de reforço mútuo.

Embora a tese do seguro eleitoral ofereça uma explicação consistente para a judicialização ao correlacioná-la à fragmentação do sistema político, sua grade interpretativa se baseia em uma abordagem excessivamente institucionalista, que tende a subestimar conexões mais amplas com fenômenos transnacionais estruturantes. Entre esses fenômenos, destaca-se a universalização do sufrágio ao longo do século XX, que tensionou o modelo liberal clássico ao impulsionar demandas por reformas redistributivas e pela ampliação dos direitos, em plena virada neoliberal. Essa lacuna, no entanto, pode ser complementada de forma convincente pela perspectiva cética de Hirschl (2004), que enquadra a judicialização não apenas como um reflexo do enfraquecimento do poder das elites dominantes, mas também como um mecanismo estratégico para o entrincheiramento dos interesses econômicos dessas mesmas elites.

Para fins deste trabalho, entende-se que a judicialização, enquanto um fenômeno global e historicamente recente, merece ser analisada a partir de uma abordagem teórica mais crítica, que a inscreva no registro de uma nova e abrangente governamentalidade¹⁹³. Isso porque tal fenômeno alcança o seu maior brilho justo em um cenário político marcado pela ascensão da racionalidade neoliberal, cujo cosmopolitismo concorrencial mina permanentemente os efetivos potenciais de uma democratização ampliada,

¹⁹² Ginsburg (2003) parece negligenciar, nas autocracias, o recurso ao controle judicial como um ferramental dos regimes de exceção, seja como mecanismo de centralização política, seja como órgão de repressão e neutralização das forças de oposição.

¹⁹³ O termo é aqui novamente empregado numa aproximação de sentido com a teorização de Foucault (2019).

enfraquecendo a centralidade parlamentar justo quando a arena eleitoral se tornou mais inclusiva e universalista.

Nessa trilha, a próxima Seção explorará a abordagem cética de Hirschl (2004), buscando uma explicação alternativa que, sem invalidar a tese do seguro eleitoral, a suplemente com uma causalidade anterior e de caráter socioeconômico, para além das fronteiras estritamente neoinstitucionalistas, expondo os limites sensíveis da rotineira associação normativa entre ativismo judicial e expansão democrática.

2.2 O empoderamento judicial como entrincheiramento de privilégios de elites declinantes

Em *“Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism”*, o cientista político israelense-canadense Ran Hirschl (2004), professor da Universidade de Toronto, destaca-se ao nadar contra a corrente dominante, formulando uma crítica incisiva e profundamente cética quanto às promessas progressistas frequentemente associadas ao neoconstitucionalismo. O autor problematiza a eficácia do empoderamento das cortes judiciais como um mecanismo capaz de promover justiça social e igualdade substantiva, especialmente em um contexto global marcado pela racionalidade neoliberal, desafiando a dogmática que enaltece o protagonismo judicial como um avanço inerentemente democrático.

Com a posição adquirida pelos EUA na segunda metade do século XX, o discurso americano dos direitos — alicerçado em uma gramática estatal-adversarial e em valores marcadamente competitivo-individualistas — alcançou uma dimensão francamente hegemônica no plano global. Ao atribuir ao judiciário — especialmente em sua dimensão despolitizante e atomística — o poder de impulsionar mudanças sociais de múltiplas ordens, essa abordagem parte de uma negação implícita dos desconfortos inerentes ao conflito político e, ainda assim, se consolidou como quase-canônica no debate público contemporâneo¹⁹⁴. Nesse recente paradigma — já tão profundamente enraizado que

¹⁹⁴ Hirschl (2004), em um provocativo paralelo, chega a comparar o neoconstitucionalismo a uma espécie de “teologia” laica, em que a Constituição assume um fascínio e um papel funcional similar ao que a Bíblia exerceu na Europa Medieval, com as cortes se aproximando da autoridade antes conferida à Igreja na “revelação” da sua “Palavra”. Seja como for, qualquer contestação à democracia constitucional, ainda que feita de modo racional e dialético e para enfatizar a necessidade de revalorização da participação cidadã na gestão da vida pública, de fato parece assumir certo ar de heresia na pós-modernidade. Além disso, certos dogmas se pretendem igualmente imutáveis, como se “clausulados em pedra”. A História, no entanto, segue indiferente a velhos e novos dogmatismos.

parece remontar a tempos imemoriais —, altas cortes nacionais e supranacionais coemergem como protagonistas centrais da arena política, atuando não apenas na arbitragem de litígios morais polarizadores, mas sobretudo na formulação de diretrizes econômicas alinhadas a uma governança tipicamente pró-mercado.

O constitucionalismo e a revisão judicial são amplamente defendidos por acadêmicos, juristas e ativistas como pilares inseparáveis da democracia contemporânea e parecem ter ganhado particular impulso com a recente escalada de populismos extremistas mundo afora, no pós-redes sociais. Seu argumento predominante sustenta que a verdadeira governança democrática não se resume à regra da maioria, devendo incluir, antes, sólidas proteções às “minorias” — um conceito elástico o suficiente para abranger de grandes investidores a pessoas em situação de rua que se abrigam em *Wall Street* —, entrincheiradas em constituições escritas policiadas por juízes eruditos, imparciais e, principalmente, constituídos à margem das urnas.

No campo jurídico, Dworkin (2010) despontou como um dos maiores expoentes teóricos dessa nova “teologia” constitucional, profundamente alarmada pelo risco de degeneração da democracia parlamentar numa “tirania da maioria”¹⁹⁵. Para essa patologia parlamentar¹⁹⁶, a revisão judicial e a constitucionalização dos direitos seriam os antídotos

¹⁹⁵ No seminal “A Democracia na América”, Tocqueville (2019, p.366) realça a marcante litigiosidade da sociedade americana, relatando que “quase não há questão política, nos Estados Unidos, que cedo ou tarde não se resolva em questão judiciária”. Para o autor, essa tendência resultaria de uma profunda incorporação do espírito legalista na sociedade: “a linguagem judiciária torna-se, assim, de certo modo, a linguagem vulgar; o espírito legista, nascido dentro das escolas e dos tribunais, aos poucos se difunde para fora de seus recintos; infiltra-se, por assim dizer, em toda a sociedade, desce às últimas camadas e o povo inteiro acaba contraindo uma parte dos hábitos e dos gostos do magistrado” (2019, p.366). Tocqueville (2019, p.112) assinala, ademais, o papel singular do judiciário americano como um poder moderador, na medida em que os magistrados têm o direito de fundamentar suas decisões diretamente na Constituição, colocando-se acima das leis ordinárias: “o juiz americano assemelha-se perfeitamente, portanto, aos magistrados das outras nações. No entanto, é revestido de um imenso poder político [...]. A causa reside num único fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de basear seus decretos na Constituição, mais do que nas leis”. No que concerne aos riscos de “tirania da maioria”, Tocqueville (2019, p.345) considera “ímpia e detestável a máxima que diz que, em matéria de governo, a maioria de um povo tem o direito de fazer tudo”. O autor adverte sobre o impacto dessa concentração de poder, postulando a necessidade de freios institucionais ao seu impulso soberano: “sempre se deve colocar em algum lugar um poder social superior a todos os outros, mas acredito [que] a liberdade [está] em perigo quando esse poder não encontra diante de si nenhum obstáculo que possa deter seu avanço e dar-lhe tempo para moderar a si próprio” (2019, p.346). Sobre tal risco, no entanto, Tocqueville (2019, 348) recusa-se a reconhecer no Judiciário um freio autêntico: “nos Estados Unidos, a onipotência da maioria favorece o despotismo legal do legislador e, ao mesmo tempo, a arbitrariedade do magistrado”. Investigando os reais determinantes da contenção ao autoritarismo na cultura americana, conclui realçando o papel central da cultura política cívica nessa equação, ao estatuir ser “preciso buscar as causas para a suavidade do governo nas circunstâncias e nos costumes, mais do que nas leis” (2019, p.347).

¹⁹⁶ Aliás, a desconfiança em relação à democracia de massas e o ceticismo quanto à capacidade representativa dos parlamentos constitui um eixo que, com graus e fundamentos distintos, aproxima autores tão diversos quanto Dworkin (2010), os ordoliberalistas alemães — Böhm (1937), Eucken (1998) e Erhard (1958) — e pensadores do liberalismo econômico global, como Mises (1996), Röpke (1960) e Hayek (2023). Uma genealogia ainda mais improvável dessa desconfiança pode ser encontrada em Carl Schmitt

infalíveis, cabendo aos tribunais o papel profundamente normativo e idealizado de “guardiões”¹⁹⁷ das liberdades cívicas. Se parece razoável controverter o quanto as legislaturas são eficazes na representação da “vontade popular”, no mínimo, idêntico ceticismo deveria recair também sobre essa audaciosa função pretoriana.

A revisão judicial e a constitucionalização dos direitos são frequentemente propagandeadas como mecanismos de descentralização de poder e de promoção de valores liberais e igualitários. No entanto, muitas das premissas que sustentam essa *doxa*, especialmente no tocante às promessas redistributivas e progressistas, carecem de uma fundamentação empírica convincente. Além disso, embora ainda se tematize — com cada vez menos intensidade — o “déficit democrático” resultante da transferência do poder de formulação de políticas de autoridades eleitas para juízes, raramente tal crítica chega a aprofundar qualquer investigação sobre as origens políticas e sobre os impactos sistêmicos desse novo fenômeno.

Para ampliar o debate para além da Europa e dos EUA, Hirschl (2004) adota um olhar alternativo algo inusitado, analisando a judicialização em países historicamente vinculados à tradição de Westminster, como Israel, Canadá e Nova Zelândia. Esses países foram selecionados por não terem, ao longo do século XX, passado por quaisquer rupturas políticas ou econômicas sensíveis — como as transições do comunismo soviético ao capitalismo ou de regimes autocráticos à democracia — e, especialmente, por não terem promovido reformas constitucionais que incorporassem abertamente o *judicial review* ao seu sistema político. Tal escolha metodológica, portanto, se justifica como um esforço de isolar o fenômeno do empoderamento judicial de outros desenvolvimentos mais abrangentes, como a democratização ou a adoção de uma economia concorrencial de

(2015 e 2007), para quem o parlamento expressaria meros compromissos entre interesses particularistas, incapazes de produzir decisões orientadas ao bem comum. A diferença fundamental reside na instância encarregada de formular esse “interesse público”: enquanto Schmitt (2007 e 2015) a localiza no Executivo soberano, as correntes liberais contemporâneas tendem a deslocá-la para arranjos institucionais contramajoritários — cortes, bancos centrais independentes e burocracias profissionais — concebidos como tecnicamente “neutros” e protegidos das flutuações da opinião pública.

¹⁹⁷ Essa construção, no século XX, é especialmente tributária do célebre debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no contexto da República de Weimar, sobre qual autoridade deveria assumir a função de legítimo guardião da Constituição. Kelsen defendia a atribuição dessa função a um tribunal especializado, argumentando que o controle jurisdicional “neutro e técnico” garantiria a legalidade e a proteção dos direitos fundamentais em uma ordem democrática, conferindo ao direito uma hierarquia normativa sobre a política. Schmitt, por outro lado, sustentava caber ao chefe do executivo, como representante por excelência da vontade política soberana, a assunção desse papel, especialmente em tempos de crise, sustentando a primazia do político sobre o jurídico. Até aqui, especialmente após os desastrosos efeitos do populismo totalitário nazifascista, a tese de Kelsen, que emergiu dos escombros do modelo liberal, consolidou-se como a abordagem dominante no direito constitucional contemporâneo, influenciando a criação de várias cortes constitucionais ao redor do mundo, com destaque para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, hoje um dos seus mais prestigiados exemplos (Vinx, 2015).

mercado. De fato, embora esses países sejam democracias maduras, estáveis e baseadas no *common law* e na soberania parlamentar, todos carecem de uma constituição codificada, sendo tributários do constitucionalismo consuetudinário de matriz britânica.

Ao seu estudo comparativo, Hirschl (2004) acresce o caso singular da África do Sul, uma democracia ainda em construção e profundamente marcada pelas chagas do *Apartheid*. Diferentemente dos países listados, a África do Sul, antes fiel ao modelo de Westminster, adotou uma constituição escrita e uma Suprema Corte expressamente empoderada pela nova arquitetura constitucional, num contexto de transição democrática. Esse desenvolvimento, como se sabe, foi parte de um compromisso pactuado entre as elites africânderes, de formação colonial, e as novas lideranças nacionais emergentes, em prol da liquidação do regime de segregacionismo formal e da adoção de um modelo de democracia ampliada, que comportasse, ao menos em termos quantitativos, a inclusão da maioria eleitoral negra. Metodologicamente, Hirschl (2004) utilizou o país como um parâmetro de controle, empregando-o como base comparativa para o fenômeno investigado, com o objetivo de isolar de forma mais rigorosa as variáveis explicativas e testar as relações causais identificadas.

A despeito dessas diferenças contextuais relevantes, Hirschl (2004) conclui que, em todos os casos, o judiciário operou de forma consistente como um moderador do sistema político nas suas interações com as externalidades do poder econômico, restando pressões por igualdade e por redistribuição. Sua hipótese central, da “preservação hegemônica”, sustenta que o empoderamento judicial não resulta de uma “evolução” civilizatória e democrática. Ao contrário, tal fenômeno corporificaria uma reação estratégica de articulação entre elites ameaçadas, voltada a consolidar e a perpetuar seus interesses e privilégios em um contexto mais competitivo e participativo de democracia de massas.

Nessa interação estratégica, o judiciário, valendo-se de seu verniz de neutralidade técnica, atuaria como um instrumento de despolitização da mais essencial dimensão da vida social: a organização econômica. Em um contexto de democracia ampliada, impulsionada pela massificação do sufrágio ao longo do século XX, as cortes não apenas blindariam a esfera econômica das tensões inerentes ao debate público, como também promoveriam ativamente valores pró-mercado, frequentemente em sacrifício de proteções sociais e de demandas redistributivas, numa dinâmica, segundo o autor, intrinsecamente antidemocrática (Hirschl, 2004).

O empoderamento judicial seria, portanto, um movimento autointeressado, resultante da articulação tática entre três grupos de *players*: (1) as elites políticas tradicionais, cuja hegemonia passa a ser desafiada pela emergência de uma democracia ampliada; (2) as elites econômicas, interessadas na promoção de reformas pró-mercado que limitem a intervenção estatal restritiva no domínio dos seus negócios; e (3) as elites jurídicas, que, anteriormente secundárias, buscam ampliar seu prestígio e influência nesse novo cenário, acenando com promessas de maior previsibilidade e estabilidade (Hirschl, 2004).

Segundo Hirschl (2004), esses grupos interagem de forma estratégica para fortalecer o judiciário como um mecanismo de controle e contenção política, especialmente diante da universalização do sufrágio. Nesse contexto, a previsibilidade oferecida por uma burocracia de elite, alinhada aos valores da classe dominante, tornou-se uma salvaguarda atraente para a preservação do *establishment*. E a adesão das elites políticas a essa delegação tácita de poder, embora à primeira vista soe contraintuitiva, decorre do reconhecimento de que a sua influência historicamente desproporcional na arena política se tornou, ao menos em teoria, mais desafiadora, diante desse novo cenário.

Embora o discurso do neoconstitucionalismo seja umbilicalmente associado à proteção dos direitos fundamentais, Hirschl (2004) aponta que, na prática, a judicialização empoderada prestigiou sistematicamente as chamadas “liberdades negativas” ou lockeanas, de conteúdo pró-mercado e forte apelo adversarial quanto ao Estado, em detrimento das ditas “liberdades positivas”, que reclamam prestações estatais ativas e intervenção redistributiva em prol da redução das desigualdades sociais. Nessa operação, o estamento judiciário precipuamente resguarda a esfera privada contra injunções coletivistas, espelhando a gramática neoliberal¹⁹⁸ de retomada do poder de classe¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Gill (1995) também inscreve a judicialização no contexto do neoliberalismo disciplinar, especialmente em sua faceta “neoconstitucional”. Para o autor, esse “novo constitucionalismo” opera como instrumento de salvaguarda dos direitos de propriedade em um cenário de liberalização do fluxo global de capitais. As reformas constitucionais contemporâneas priorizam a eficiência de mercado e a estabilidade financeira, frequentemente em detrimento da participação democrática, ao impor restrições legais — como regimes de metas de inflação, tetos de gastos públicos e desindexação de benefícios sociais — que cerceiam a atuação estatal no campo econômico, fiscal e social. A seu viso, esse modelo concentra poder nas mãos de elites financeiras e corporativas, enfraquecendo a soberania popular e estreitando o alcance da discricionariedade política. Cortes, agências reguladoras, bancos centrais e organismos multilaterais atuam como ferramentas de disciplinamento político e econômico, despolitizando os conflitos sociais ao reduzi-los a meras questões de governança ou de deliberação técnico-jurídica. Essas estruturas de vigilância e controle legal, no final do dia, acabando reforçando a autonomia de grandes agentes econômicos, bloqueando regulações nacionais e subordinando, assim, a deliberação democrática à lógica de mercado.

¹⁹⁹ Sobre essa estratégia de “retomada do poder de classe”, após sensíveis avanços dos direitos redistributivos nos trilhos da social-democracia keynesiana, confira-se Harvey (2008).

Nessa empreitada conservadora, a judicialização se revela particularmente eficaz em seu efeito despolitizante, ao converter conflitos coletivos — muitas vezes fundamentados em profundas assimetrias de classe — em litígios de clivagem adversarial-individualista. Essa abordagem, ainda que aplicada aos julgamentos coletivos, é operacionalizada pelo acesso, em última instância, ao sistema de justiça. E esta via — ainda fortemente limitada por barreiras e custos significativos —, ainda que se torne formalmente inclusiva, conduz inevitavelmente a uma gestão fragmentária, opaca e casuística das demandas sociais, sujeita a pressões e condicionamentos fortemente assimétricos, determinados pelo porte e influência dos litigantes (Hirschl, 2004).

Sob o verniz de uma tomada de decisão ancorada na promessa de neutralidade científica, em contraste com a incerteza e o facciosismo inerentes à política, a judicialização encobre o fato de que, nas frestas do seu discurso universalista, a tecnologia jurídica não deixa de entrincheirar claros particularismos dominantes. Ademais, a politização da justiça escamoteia a centralidade das inclinações ideológicas da própria magistratura, que, ao interpretar o quadro jurídico posto, tende a reforçar os interesses de classe com os quais se identifica, reafirmando — em vez de desafiar — as estruturas de poder (Hirschl, 2004).

O conflito, quando judicializado, passa a ser presidido por uma lógica que encapsula a decisão resultante como sendo “justa” e “imparcial”. Assim, espelhando a verdade incontestável do direito, a judicialização exclui, de partida, quaisquer desfechos alternativos, ainda que igualmente possíveis e democraticamente legítimos. Esse enquadramento determinista tende a desmobilizar os atores sociais, desencorajando o recurso a estratégias extrainstitucionais de pressão, fundamentais numa corrida pautada pela assimetria de poder. No entanto, a despeito do fascínio do discurso judicial, os atores seguem inseridos em um jogo que não é necessariamente equilibrado e que opera sob uma gramática individualista, enfraquecendo laços de solidariedade essenciais na luta política.

Essa dinâmica contribui, portanto, para desprestigiar a avenida ampla das instituições democrático-representativas, dificultando avanços sociais mais ambiciosos, ao reduzir a política a mera técnica de gestão. Questões de grande relevância acabam deslocadas em massa para o campo jurídico, numa ação que, no mínimo, encurta a esfera pública deliberativa. Nesse arranjo, o judiciário, longe de operar como uma força necessariamente progressista, tende a atuar, em um horizonte de longo prazo, em socorro da ordem estabelecida, protegendo interesses de elite contra as pressões democratizantes

das massas, frequentemente retratadas — de forma evidentemente reducionista — como sendo irracionais, radicais ou autoritárias (Hirschl, 2004).

Em sua obra, Hirschl (2004) aborda quatro questões centrais: (1) quais são as origens políticas do fortalecimento do poder judicial? (2) Esse fenômeno representa uma transformação progressista ou apenas a reconfiguração de disputas sociopolíticas pré-existentes? (3) Qual o impacto da constitucionalização no avanço da justiça distributiva e sua extensão para além do âmbito judicial? (4) Quais são as consequências políticas e implicações da judicialização da política para as democracias contemporâneas? O legado do ativismo judicial seguramente já pode ser avaliado em termos empíricos, diante dos amplos registros de como os tribunais têm decidido. O que permanecerá uma incógnita histórica, no entanto, é o que as legislaturas teriam feito na ausência dessa intrusão tutelar.

Retomando o estudo comparativo de Hirschl (2004) e principiando pelo caso de Israel, a expansão do poder da Suprema Corte naquele país não resultou de um movimento universalista em prol da gramática dos direitos, mas de uma estratégia voltada a proteger os interesses das elites seculares *ashkenazis*²⁰⁰, determinadas a manter sua hegemonia política e cultural diante do avanço de grupos historicamente marginalizados e de uma conseguinte reconfiguração ampla da arena política. Confrontadas com transformações demográficas que desafiaram a sua fortaleza eleitoral, essas elites estabeleceram uma aliança tácita com o poder econômico e com a burocracia judicial, buscando simultaneamente avançar no impopular reformismo neoliberal e preservar a sua influência política.

Desde a sua fundação em 1948, Israel se definiu como um “Estado Judeu e Democrático”, impondo um desafio complexo à tradição moderna de secularismo e de separação entre Estado e religião. O esforço conciliatório desses dois valores fundacionais contraditórios continua a tensionar o seu sistema político até os dias de hoje, especialmente em uma sociedade marcada por significativa diversidade étnica e religiosa. Cerca de um quinto da população daquele país é não-judia — majoritariamente árabe-palestina — e, mesmo no interior da comunidade judaica, persistem disputas entre as

²⁰⁰ Os judeus *ashkenazi*, predominantemente seculares e de ascendência europeia, têm historicamente personificado a elite judaica, ocupando posições centrais no *establishment* político, cultural e econômico de Israel, em parte por seu protagonismo na fundação do Estado e das instituições nacionais. Em contraste, as comunidades judaicas não-europeias — em particular os judeus sefarditas, provenientes da Península Ibérica, e os judeus *mizrahis*, de origem árabe e norte-africana —, frequentemente mais conservadoras e menos integradas às redes cosmopolitas de influência, enfrentaram discriminação sistêmica e sub-representação institucional, a despeito de sua expressão demográfica francamente majoritária (Khattab, 2005; Hirschl, 2004).

correntes mais seculares e ortodoxas, quanto à interpretação dos valores nacionais-identitários (Hirschl, 2004).

Até os anos 1980, a minoria *ashkenazi*, com sua formação laica e burguesa, exerceu uma influência dominante nos processos decisórios centrais do país, moldando com sucesso a sua configuração institucional e cultural. Desde então, esse equilíbrio passou a ser desafiado pelo crescimento de grupos historicamente marginalizados — como os judeus *mizrahis* —, pela chegada em massa de imigrantes da ex-União Soviética, e pela expansão das populações árabe-israelenses e ultraortodoxas. Esses fatores intensificaram as tensões na estrutura de poder e redefiniram as dinâmicas de representação política. O aumento da presença dessas frações demográficas no parlamento israelense — o *Knesset* — confrontou as políticas e valores tradicionalmente defendidos pelas elites seculares. E, em resposta, a classe dominante canalizou parte das decisões políticas para a Suprema Corte, onde seguiram capazes de preservar com mais segurança a sua influência e controle da agenda nacional (Hirschl, 2004).

Herdeiro da tradição de Westminster e sem uma constituição codificada, o sistema jurídico israelense teve o seu ponto de inflexão na chamada “Revolução Constitucional de 1992”. Até então, Israel baseava a sua organização legal em uma série de “Leis Básicas”, de caráter ordinário, adotadas gradualmente desde a Resolução Harari, de 1950, que previa a construção gradual de uma constituição de perfil consuetudinário. Essas leis se concentraram inicialmente na estruturação dos poderes governamentais, sem catalogar explicitamente um rol de liberdades fundamentais, o que não impediu o florescimento de uma cultura democrática no país. O judiciário tampouco possuía qualquer autoridade formal para revisar a legislação aprovada pelo *Knesset*, limitando-se à interpretação de atos administrativos do governo com base em uma doutrina de poderes implícitos autoconcedidos.

A dita “Revolução Constitucional” alterou profundamente essa dinâmica, estando relacionada à promulgação de duas novas leis básicas: a “Lei Dignidade e Liberdade Humana” e a “Lei Liberdade de Ocupação”, ambas de 1992. Segundo Hirschl (2004), esses marcos legais ampliaram o escopo da proteção aos direitos negativos e reconheceram formalmente o poder de revisão judicial²⁰¹, abrindo margem para que a

²⁰¹ Hirschl (2004) parece se equivocar neste ponto. De fato, as Leis Básicas de 1992 estabelecem que os direitos fundamentais nelas listados só podem ser restringidos por legislação que seja compatível com os valores de Israel enquanto um “Estado Judeu e Democrático”, perseguindo um “propósito adequado” e impondo restrições “proporcionais”. Além disso, essas Leis possuem cláusulas de rigidez relativa, exigindo a aprovação de uma maioria qualificada no *Knesset* para a sua alteração, diferentemente da legislação

Suprema Corte anulasse a legislação a pretexto de inconstitucionalidade. Essa mudança foi impulsionada por uma coalizão multipartidária, composta por parlamentares do Partido Trabalhista (Labor), do Likud e do Meretz, vinculados às elites *ashkenazis*. Tal aliança enxergava no fortalecimento do judiciário um porto seguro para preservar sua influência a longo prazo, diante do risco de uma eventual perda de controle do parlamento.

Essa delegação estratégica possibilitou o deslocamento da palavra final de um parlamento cada vez mais representativo e plural para uma Suprema Corte onde os valores e os interesses das elites seculares seguiram sobrerrepresentados. Como aponta Hirschl (2004), sendo composta majoritariamente por juízes seculares, a Corte alinhou-se de forma consistente às perspectivas econômicas e culturais desse grupo, consolidando-se como um espaço seguro para a preservação das suas preferências. Ademais, o controle predominante do próprio Tribunal sobre a nomeação dos seus magistrados produziu uma judicatura pouco diversa, tanto em termos étnicos quanto ideológicos, perpetuando a esmagadora predominância de elementos *ashkenazis*²⁰².

ordinária, aprovada por simples maioria. Essa diferença sutil foi oportunisticamente instrumentalizada para reforçar a ideia de superioridade hierárquica dessas Leis, legitimando, de forma meramente interpretativa, o controle de constitucionalidade em Israel, sem que tal prerrogativa seja explicitamente conferida pelo texto legal. De maneira semelhante ao caso *Marbury v. Madison* (1803) — no qual a Suprema Corte dos EUA se autoinvestiu do poder de revisão judicial, apesar da Constituição de 1787 não mencionar tal poder expressamente —, a revisão judicial em Israel foi igualmente autoconferida no emblemático caso *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village* (1995). Nesse julgamento, a Corte, sob a liderança do influente juiz Aharon Barak, declarou, por sua própria iniciativa, que as Leis Básicas detinham *status* constitucional e, nessa condição, teriam ascendência hierárquica sobre a legislação ordinária, conferindo-lhe, por meio de uma interpretação expansiva, o poder de invalidar normas incompatíveis com seus princípios. Vale ressaltar que esse caso rumoroso envolvia a disputa de um grande banco contra uma legislação social do Knesset, que limitava a cobrança retroativa de dívidas bancárias de pequenos produtores rurais em meio a uma crise econômica. Alegava-se que a redução promovida nos juros violava o direito de propriedade e a Corte assentiu a essa compreensão (Cardozo Law School, 1995; Jewish Virtual Library, 1992a e 1992b; Hirschl, 2004).

²⁰² A resistência de grupos religiosos e *mizrahis* à Suprema Corte intensificou-se à medida que se acumularam decisões percebidas como “antirreligiosas” e antipopulares, incluindo intervenções frequentes nos tribunais rabínicos e a revogação de leis que favoreciam o financiamento público de escolas religiosas ortodoxas. Na década de 1990, o Partido Trabalhista experimentou uma queda significativa em sua influência no *Knesset*, cuja fragmentação aumentou profundamente, conforme se diversificava a base demográfica do sufrágio. Nesse interim, o *Likud* — de origem *ashkenazi*, mas com uma agenda mais conservadora —, emergiu como o principal partido governista, embora sustentado por uma coalizão heterogênea, confusa e frágil, composta por partidos ortodoxos, nacionalistas e religiosos. Essa coalizão instável acabou entrando frequentemente em rota de colisão com a Suprema Corte e, à medida que esta assumia um papel mais ativo e politizado, a sua imagem de neutralidade começou a se deteriorar. Comunidades religiosas, especialmente os ultraortodoxos e os judeus *mizrahis*, passaram a criticar abertamente a Corte, acusando-a de atender a uma agenda secular e elitista. Manifestações como os Protestos de 1999 — que levaram às ruas cerca de 250 mil ultraortodoxos —, deram os primeiros sinais do crescente ressentimento de setores marginalizados em relação ao Judiciário. Essa tensão culminou em episódios de violência e na politização cada vez mais explícita do sistema judicial. Os desdobramentos mais recentes desse conflito incluem as tentativas do governo de Netanyahu de limitar os poderes do Tribunal. Em 2023, o governo aprovou uma lei que limitava os poderes da Suprema Corte, impedindo-a de anular

No mesmo contexto em que a “Revolução Constitucional” fortaleceu os direitos individuais negativos, uma proposta de Lei Básica de Direitos Sociais — que visava à proteção formal de direitos como educação, saúde e moradia —, acabou neutralizada pela coalizão governante, mitigando os compromissos do Estado na promoção do bem-estar social em um país ainda atravessado por fortes desigualdades. Essa restrição deliberada espelhou os interesses de corporações que viam na constitucionalização uma maneira de promover sua agenda de livre-mercado, cosmopolitismo secular e de enfraquecimento do *welfare*. O saldo desse processo foi a consolidação de uma jurisprudência que favoreceu de forma consistente políticas de desregulamentação econômica e privatizações, limitando iniciativas sociais de caráter redistributivo (Hirschl, 2004).

Já no Canadá, o metamorfoseamento da tradição de soberania parlamentar rumo à lógica de supremacia constitucional foi impulsionado principalmente pela adoção do *Constitution Act* (1982), sob o governo centralizador de Pierre Trudeau (1968-1979; 1980-1984), que introduziu no país um catálogo formal de direitos fundamentais — o *Charter of Rights and Freedom* (1982). Em sua Seção 1, o *Charter* estabelece que os direitos e liberdades ali listados estão sujeitos apenas a “restrições razoáveis, desde que justificáveis, de modo demonstrável, no contexto de uma sociedade livre e democrática”²⁰³ (Dodek, 2016; Canadá, 2013; Hirschl, 2004).

Em uma harmonização parcial com o cânone de Westminster, a Seção 33 introduz a chamada *Notwithstanding Clause*²⁰⁴, que permite ao parlamento nacional e às legislaturas provinciais aprovarem leis que contrariem determinadas disposições do *Charter*²⁰⁵, desde que tal reserva seja expressamente declarada pelo legislador e seja

decisões do governo com base no vago “princípio da razoabilidade”. A medida gerou intensos protestos e grande repúdio dos países ocidentais, que a viram como um avanço do extremismo autoritário, como se o país adotasse um sistema típico de democracia constitucional, o que nem de longe é verdade. Apesar da limitação imposta pelo sistema político, em janeiro de 2024, com o governo enfraquecido pelo contexto da Guerra de Gaza, a Suprema Corte acabou derrubando a medida, restaurando a plenitude dos seus poderes autoconcedidos (Hirschl, 2004; Conib, 2024).

²⁰³ A semelhança textual com os condicionamentos mais tarde introduzidos nas Leis Básicas de Israel, promulgadas em 1992, é cristalina.

²⁰⁴ A Seção 33 confere aos parlamentos a prerrogativa de afastar a revisão judicial de determinados direitos previstos no *Charter*, desde que o façam de forma expressa, por meio de uma declaração formal, renovável a cada cinco anos, sob pena de preclusão. Segundo Hirschl (2004), embora tal dispositivo funcione como um mecanismo de acomodação à tradição de soberania parlamentar, a sua utilização é excepcional, em razão dos constrangimentos políticos e simbólicos que impõe à legislatura, refletindo certa sacralização do *Charter* no imaginário político canadense e o receio das elites partidárias em relação às possíveis repercussões negativas decorrentes da sua invocação.

²⁰⁵ A Seção 33 da *Charter* — a *notwithstanding clause* foi inicialmente alvo de forte oposição do premiê Pierre Trudeau, que acabou por ceder à sua inclusão após longas e complexas negociações com os governos provinciais, cuja anuência era indispensável para a ratificação do documento (Hirschl, 2004).

limitada a um ciclo temporal renovável de até cinco anos²⁰⁶. Já a Seção 52 confere ao *Constitution Act* o *status* de “constituição”²⁰⁷ ou de “lei suprema”, determinando que qualquer legislação inconsistente com as suas disposições seja considerada “sem força ou efeito”. Arrematando esse modelo neoconstitucional, a Seção 24 assegura a qualquer indivíduo o direito de recorrer ao judiciário em caso de violação aos seus direitos garantidos pelo *Charter*, em busca de “reparação”²⁰⁸ (Dodek, 2016; Canadá, 2013; Hirschl, 2004).

O impacto imediato dessa “revolução constitucional” foi o fortalecimento da revisão judicial, permitindo que os tribunais canadenses abandonassem gradualmente sua sólida tradição de deferência parlamentar e de autocontenção em prol de uma postura mais intrusiva, interpretando e aplicando o *Charter* para invalidar legislações consideradas incompatíveis com seus preceitos. Hirschl (2004) indica o caso *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* (1984)²⁰⁹ como o marco dessa virada paradigmática. De

²⁰⁶ Uma fórmula similar de contrapeso legislativo às injunções do Judiciário tem pautado o debate público brasileiro no contexto do terceiro governo Lula (2023-2026). A proposição foi encabeçada por lideranças conservadoras do Congresso Nacional, por meio da PEC nº 28/2024, num contexto de acirramento na disputa entre os Poderes. O Legislativo, reputando haver uma aliança tácita entre o governo e o STF, buscou criar uma válvula para preservar sua autoridade em matéria legislativa. O Judiciário, em reação, taxou a medida de ditatorial, rememorando a existência de arranjo supostamente análogo no contexto do Estado Novo. O texto da proposição, no entanto, menciona que “se o Congresso Nacional considerar que a decisão exorbita do adequado exercício da função jurisdicional e inova o ordenamento jurídico como norma geral e abstrata, poderá sustar os seus efeitos pelo voto de dois terços dos membros de cada uma de suas Casas Legislativas, pelo prazo de dois anos, prorrogável uma única vez por igual período”. Em tal hipótese, o STF ainda contaria com um recurso final para restabelecer sua decisão: ratificá-la “pelo voto de quatro quintos de seus membros”. Assim, a despeito da crítica exagerada do Tribunal, a medida se aproxima muito mais do modelo de diálogos institucionais da prática canadense — uma democracia sólida — do que propriamente do regime varguista (Câmara dos Deputados, 2024).

²⁰⁷ Como bem pontua Dodek (2016), a “constituição” do Canadá finca raízes na tradição consuetudinária dos britânicos, fundamentando-se em múltiplas leis e precedentes históricos, tributários do *common law*. Embora essa influência marcante remanesça significativa, o *Constitution Act* de 1982 aproximou o país do modelo hegemônico de uma codificação formal, especialmente após a adoção do *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e a introdução de um processo formal de emenda que reclama procedimentos solenes e maiorias qualificadas, superiores às necessárias para a produção e alteração da legislação ordinária. Ainda assim, a “Constituição” do Canadá segue ostentando uma natureza híbrida, ao combinar textos legais fundacionais e esparsos, como o *British North America Act* (1867), o *Manitoba Act* (1870), o *Alberta Act* (1905), o *Statute of Westminster* (1931) e o *Newfoundland Act* (1949).

²⁰⁸ Tal disposição não chega a reconhecer expressamente e de forma direta, a autoridade judicial para suprimir leis e atos governamentais considerados “inconstitucionais”, aludindo, antes, à ideia de recomposição do *status quo ante* vulnerado pela intrusão ilegítima, num arranjo compensatório-indenizatório. Essa prerrogativa novamente resultou de um desenvolvimento jurisprudencial “criativo”, num processo interpretativo de autoampliação da autoridade da Suprema Corte a partir do caso *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* (1984), a ser detalhado na nota seguinte.

²⁰⁹ Frequentemente referido como o “*Marbury v. Madison*” canadense, o caso *Law Society of Upper Canada v. Skapinker* (1984) foi o primeiro julgamento em que a Suprema Corte do Canadá interpretou a legislação ordinária à luz do recém-promulgado *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — integrante do *Constitution Act* de 1982. No episódio, Joel Skapinker, residente permanente de origem sul-africana e formado em Direito no território canadense, teve o seu pedido de admissão ao quadro de advogados de Ontário negado pela *Law Society of Upper Canada*, em razão da ausência da cidadania canadense, requisito formalmente previsto pela regulamentação provincial. Skapinker contestou a decisão com base na Seção 6

fato, nessa passagem, a Suprema Corte do Canadá afirmou, pela primeira vez, sua autoridade para revisar e invalidar atos do parlamento.

Embora celebrada como uma conquista civilizatória, a adoção da *Charter* resultou de uma complexa disputa política ligada ao crescimento do nacionalismo quebequense nos anos 1960 e à vitória do *Parti Québécois*, liderado por René Lévesque, em 1976, que culminou no referendo separatista de 1980. Nesse cenário de conturbação, o premiê Pierre Trudeau — um típico representante das elites anglófonas — conduziu a proposta da *Charter* como uma estratégia para enfraquecer o separatismo québécois, ampliando a autoridade do governo central com o objetivo de preservar a unidade nacional (Hirschl, 2004).

Assim, a adoção da *Charter*, longe de se reduzir a simples compromissos humanitários, refletiu uma ação estratégica das elites anglófonas para preservar o controle político central do país, em resposta ao fortalecimento de novas lideranças provinciais. O *Charter* buscou reenquadrar o debate nacional, deslocando o foco de reivindicações concretas e politicamente sensíveis por maior autonomia provincial — especialmente no contexto de Quebec — para questões abstratas, de direitos individuais negativos e disputas simbólicas de identidade²¹⁰. Essa reorientação ocorreu em um contexto político particularmente delicado, marcado por cortes drásticos nas políticas de *welfare* (Hirschl, 2004).

O controle das nomeações judiciais sob a alçada do governo federal assegurou a reprodução das preferências ideológicas alinhadas ao poder central. Assim, em resposta ao avanço do separatismo québécois, a Suprema Corte passou a adotar, de forma previsível, interpretações expansivas das competências federais, debilitando de forma consistente a histórica autonomia provincial, sobretudo em matérias de comércio e de regulação econômica. Essa jurisprudência, na prática, além de fortalecer o governo central, favoreceu claramente os interesses de grandes conglomerados econômicos, que reclamavam um quadro regulatório mais enxuto e uniforme²¹¹ (Hirschl, 2004).

do *Charter*, que franqueia o direito de mobilidade e de livre-iniciativa também a residentes permanentes em qualquer província do país. Contudo, a Suprema Corte decidiu contra Skapinker, interpretando de forma restritiva tal cláusula, por reputar que a Seção 6, embora garanta aos estrangeiros a mobilidade interprovincial, não lhes confere um acesso irrestrito às profissões regulamentadas do país, sendo a exigência de cidadania justificável naquele específico contexto regulatório (Suprema Corte do Canadá, 1984).

²¹⁰ As reivindicações do autonomismo francófono, por exemplo, acabaram reduzidas a disputas culturalistas em torno de emprego do bilinguismo nas comunicações oficiais, dentre outras disputas identitárias e de reconhecimento, de ordem mais simbólica que substancial.

²¹¹ Hirschl (2004) assinala que a emulação da “democracia constitucional”, no Canadá, foi amplamente respaldada por poderosos conglomerados econômicos, que enxergaram no *Charter* uma ferramenta para

De igual modo, na Nova Zelândia, na falta de uma constituição codificada, até o final da década de 1980, vigorou o modelo clássico da soberania parlamentar, no qual a interferência judicial em questões legislativas e governamentais é pouco frequente. Essa tradição refletiu a desconfiança histórica das elites coloniais, de origem anglófona, quanto à formalização de catálogos de direitos, receosas do seu emprego em contestações dos povos autóctones. No entanto, uma série de transformações na demografia eleitoral, e, sobretudo, a adoção de reformas econômicas neoliberais, impulsionaram o país a reavaliar o papel do judiciário, ampliando a sua influência no sistema político (Hirschl, 2004).

A estabilidade política e o robusto modelo de bem-estar da Nova Zelândia começaram a se deteriorar rapidamente a partir da década de 1970, impulsionados por pressões econômicas globais e pelo declínio dos tradicionais laços comerciais com o Reino Unido. A dependência excessiva da exportação de produtos agrícolas — como lã, carne e laticínios — para o mercado britânico foi severamente impactada quando os britânicos passaram a privilegiar a integração à Comunidade Europeia. Essa mudança obrigou a Nova Zelândia a diversificar mercados e a buscar novos parceiros comerciais, culminando em acordos como o *Closer Economic Relations* (CER), com a Austrália, em 1983, além de tratados bilaterais com Singapura e Hong Kong. Essas mudanças econômicas demandaram uma ampla reestruturação do modelo produtivo doméstico, levando o governo a implementar reformas gerenciais que redefiniram profundamente o papel do Estado, em favor de um modelo de livre mercado competitivo (Hirschl, 2004).

Entre 1984 e 1994, sob o governo do Partido Trabalhista, a Nova Zelândia passou de um sistema altamente regulado e protecionista para um dos modelos mais comercialmente abertos do mundo. Essas reformas incluíram privatizações massivas em setores como telecomunicações, transportes e turismo, a desregulamentação de importações e exportações, a eliminação de subsídios para setores agrícolas e industriais e cortes profundos em serviços públicos essenciais como saúde, educação e habitação. Além disso, promoveu-se uma profunda flexibilização na regulação das relações de trabalho, a reboque do *Employment Contracts Act* (1991), que, no equilíbrio capital-trabalho, enfraqueceu drasticamente os sindicatos e as vias de negociação coletiva. O

promover a desregulamentação e resguardar seus interesses empresariais. Segundo o autor, para além dos casos mais emblemáticos de Direitos Humanos, que geralmente mobilizam a atenção da opinião pública, em inúmeros processos mais distantes dos holofotes foram justo essas grandes corporações que se destacaram empiricamente como os litigantes mais bem-sucedidos perante a Suprema Corte do Canadá.

saldo geral foi um aumento sem precedentes da desigualdade social, um expressivo crescimento do desemprego e uma concentração progressiva de ativos estratégicos sob o controle de corporações multinacionais (Hirschl, 2004).

Paralelamente a essas mudanças econômicas altamente impopulares, a composição demográfica da Nova Zelândia também passou por transformações significativas. Durante os anos 1970, mais de 90% da população neozelandesa era de origem europeia. Esse percentual, no entanto, caiu para cerca de 75%, nos anos 1990, enquanto, no mesmo período, a população Maori avançou para aproximadamente 15% do total e as populações de ascendência asiática e das ilhas do Pacífico experimentaram aumentos igualmente expressivos, crescendo mais de 250%. Esse novo cenário demográfico trouxe consigo a crescente pressão por representatividade, produzindo uma maior fragmentação política e desestabilizando a antes inabalável fortaleza parlamentar das elites anglófonas (Hirschl, 2004).

E foi precisamente nesse cenário de transição econômica e social que emergiu o *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA), de 1990, proposto pelo então Ministro da Justiça Geoffrey Palmer. Inspirado na Carta Canadense de Direitos, o NZBORA foi concebido para formalizar a proteção de liberdades negativas, limitando a interferência estatal em seu domínio e estabelecendo uma base potencial para a revisão judicial de leis e políticas governamentais. Numa guinada radical, Palmer — antes um feroz crítico da judicialização —, propôs um modelo que conferia ao Judiciário a autoridade de invalidar, por decisão própria, normas que violassem os direitos fundamentais. Contudo, diante da forte resistência tanto do parlamento quanto da sociedade, o texto efetivamente aprovado foi uma versão atenuada, de *judicial review* fraco, na qual os tribunais, embora não

recebessem formalmente a prerrogativa de anular diretamente a legislação²¹², poderiam “interpretar” o seu alcance à luz do NZBORA²¹³ (Hirschl, 2004).

Apesar dessa limitação formal, o Tribunal de Apelação da Nova Zelândia (NZCA) — previsivelmente — consolidou uma interpretação *ultra vires* expansiva de sua própria autoridade, conferindo ao NZBORA uma aplicação prática semelhante à de um controle judicial pleno, nos moldes do modelo americano. Sob a liderança de figuras como Dame Sian Elias, a Corte assumiu um protagonismo crescente, sem enfrentar resistência eficaz das demais instâncias políticas, numa ampliação do *judicial review* que, mesmo sem o respaldo de uma constituição codificada, promoveu uma alteração sensível no equilíbrio de poder neozelandês (Hirschl, 2004).

A adoção do NZBORA recebeu amplo apoio das elites políticas e econômicas, que vislumbravam na limitação do poder governamental um instrumento estratégico para garantir estabilidade institucional em um contexto de intensas e controversas reformas econômicas, criando um ambiente negocial mais previsível e atrativo para favorecer o aumento do fluxo de investimentos externos. No entanto, a medida não avançou indene de críticas. Já de partida, os ativistas Maori temiam que o NZBORA enfraquecesse o Tratado de Waitangi²¹⁴, um compromisso histórico que garantiu aos povos autóctones o

²¹² Para ser preciso, o NZBORA limita o controle de constitucionalidade ao estabelecer a supremacia formal das leis aprovadas pelo Parlamento, sem conferir expressamente ao Judiciário o poder de invalidar leis contrárias ao documento. Sua Seção 27(2) estatui que “toda pessoa cujos direitos, obrigações ou interesses protegidos ou reconhecidos por lei tenham sido afetados por uma determinação de qualquer tribunal ou outra autoridade pública tem o direito de requerer, de acordo com a lei, a revisão judicial dessa determinação”. No entanto, excluindo claramente a possibilidade judicial de anulação *motu proprio* da legislação, o mesmo NZBORA preconiza, em sua Seção 4, que “Nenhum tribunal, em relação a qualquer lei (seja ela aprovada ou promulgada antes ou depois da entrada em vigor desta Declaração de Direitos), deverá: (a) considerar que qualquer disposição da lei foi tacitamente revogada ou anulada, ou que seja de qualquer forma inválida ou ineficaz; ou (b) recusar-se a aplicar qualquer disposição da lei apenas pelo fato de tal disposição ser inconsistente com qualquer dispositivo desta Declaração de Direitos”. Nas seções 5 e 6, em consonância com o modelo canadense, o NZBORA consagra a possibilidade de interpretação mencionada por Hirschl (2004): “os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos podem estar sujeitos apenas a limites razoáveis prescritos por lei, desde que possam ser demonstravelmente justificados em uma sociedade livre e democrática”. Ademais, o Ato estabelece que “sempre que uma lei puder ser interpretada de forma consistente com os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos, essa interpretação deverá ser preferida”. Foi o bastante para que o Judiciário desprezasse os limites traçados, avançando para poderes plenos de revisão autoconcedidos (Nova Zelândia, 1990).

²¹³ Tal qual em Israel e no Canadá, tal janela entreaberta bastou para pavimentar o conhecido construtivismo hermenêutico do ativismo judicial (Hirschl, 2004).

²¹⁴ O Tratado de Waitangi, assinado em 6 de fevereiro de 1840 entre a Coroa Britânica e líderes Māori, é considerado o documento fundacional da moderna Nova Zelândia. Na versão em inglês, o tratado cedia a soberania (*sovereignty*) sobre o território aos britânicos, enquanto garantia a “proteção” colonial das terras, recursos e direitos dos Maori, num clássico arranjo de tutela de povos originários. Já a versão em *te reo Māori*, o compromisso atribuía aos britânicos exclusivamente poderes de *kāwanatanga* — governança administrativa, num esforço de aproximação —, assegurando aos Māori o pleno controle político sobre suas terras e recursos por meio da locução *tino rangatiratanga* (“autoridade suprema”). Previsivelmente, no contexto típico da violência colonial, essas discrepâncias linguísticas deram margem a interpretações divergentes e frequentemente conflitantes, possibilitando leituras oportunistas que culminaram em

direito às suas terras e recursos naturais. De modo semelhante, setores da esquerda tradicional criticaram o NZBORA por sua ênfase exclusiva em direitos civis e políticos. O campo crítico condenou a ausência de garantias explícitas para questões cruciais como acesso à saúde, moradia digna e educação de qualidade, indispensáveis para a promoção da justiça social e para a redução das desigualdades estruturais (Hirschl, 2004).

Assim, inicialmente concebido como uma salvaguarda das liberdades individuais, o empoderamento judicial propiciado pelo NZBORA acabou se tornando uma ferramenta conveniente para limitar a regulação social e amparar o reformismo neoliberal. O fortalecimento do judiciário e a constitucionalização dos direitos foram mais uma vez empregados estrategicamente para estabilizar o cenário político em meio a uma crescente fragmentação da representação parlamentar e a uma turbulenta reestruturação econômica, ilustrando novamente a hipótese da preservação hegemônica, na qual as elites buscam preservar sua influência em períodos de transição estrutural.

Por fim, o caso da África do Sul exemplifica de forma emblemática como as elites governantes em declínio podem controlar mesmo o sistema político nascente, a partir da lógica da democracia constitucional e do empoderamento judicial, resguardando seus interesses num contexto de transição para uma incerta democracia de massas.

Durante o regime do *Apartheid*, um conjunto abrangente de políticas sustentou a hegemonia política e econômica da minoria branca *africâner*, para além do segregacionismo racial explícito. Essas medidas incluíam: (1) uma rigorosa classificação racial estabelecida pela Lei de Registro Populacional de 1950; (2) a proibição de casamentos e relações interracialis; (3) a criação de zonas residenciais segregadas; (4) a ampla expropriação de terras, com a realocação compulsória de comunidades multirraciais em guetos; (5) a exclusão sistemática da maioria negra de qualquer forma significativa de participação política; e (6) a promoção do Estado como um centro de redistributivismo às avessas, que concentrava riquezas nas comunidades brancas, à custa da marginalização da maioria da população (Hirschl, 2004).

No entanto, uma combinação de pressões domésticas — incluindo levantes populares, protestos generalizados e crescente instabilidade econômica — e externas — com sanções internacionais e boicotes globais —, tornaram o *Apartheid*, ao menos em sua expressão jurídico-política mais explícita e anacrônica, insustentável. A segregação racial era, ademais, instrumentalizada pela URSS como propaganda contra o Bloco

processos de expropriação de terras e na marginalização sistemática dos direitos indígenas no país (Barrett e Connolly-Stone, 1998).

Ocidental, que se gabava do seu apreço à liberdade ao mesmo tempo em que amparava regimes odiosos. Assim, após a dessegregação nos EUA, era questão de tempo para que o modelo sul-africano desmoronasse e, encurraladas pela crise estrutural do regime, as elites africaneres, na reta final da década de 1980, foram compelidas a acenar com a possibilidade de uma redemocratização negociada. Esse movimento de “reconciliação” teria, na libertação de Nelson Mandela, em 1990, um gesto inaugural (Hirschl, 2004).

À medida que avançava a transição negociada, as elites africaneres — tradicionalmente alinhadas ao modelo de Westminster e historicamente refratárias à adoção de um catálogo de direitos ou de qualquer forma de revisão judicial²¹⁵ — realizaram uma rápida e estratégica conversão ao “novo constitucionalismo”. Dessa forma, já em 1986, figuras-chave do *establishment* sul-africano passaram a defender ativamente a adoção de uma carta de direitos ou mesmo de uma constituição codificada, a pretexto defesa das “minorias” contra o assédio autoritário das “maiorias ocasionais” — discurso, aqui, enquadrado especialmente sob o prisma canônico do direito de propriedade (Hirschl, 2007).

Essa conversão oportunista à gramática dos direitos foi impulsionada pelo interesse estratégico de salvaguardar os privilégios econômicos do enclave hegemônico, ameaçado pela iminente universalização do sufrágio e pela ascensão de novas elites governantes, representativas da emergente maioria eleitoral. Além disso, esse movimento tinha como objetivo central a criação de barreiras institucionais sólidas, meticulosamente projetadas para conter possíveis impulsos por redistribuição em larga escala, assegurando a preservação dos pilares estruturais assimétricos do *status quo*. Noutros termos, diante da perspectiva de erosão do regime, buscou-se minimizar o custo político da inevitável transição, garantindo que os interesses das classes dominantes permanecessem protegidos (Hirschl, 2004).

Nesse caminho, em 1993, o regime africaner adotou-se uma “constituição provisória”²¹⁶, que, já de partida, incorporou um catálogo de direitos negativos e

²¹⁵ Exatamente por temerem que os grupos subalternizados empregasse taticamente a linguagem dos direitos como ferramenta de reivindicação e por não terem, àquela altura, incentivos conjunturais para acenar a soluções de compromisso mais inclusivas. Um movimento semelhante ocorreu na Índia e em outras ex-colônias durante a descolonização tardia do pós-Guerra: as potências coloniais, antes resistentes à ideia de firmar compromissos constitucionais nos territórios coloniais, ao tomarem a independentização como um fato inadiável, temendo reações violentas e expropriações de viés nacionalista, logo mudaram de posição. Assim, a própria negociação em torno da descolonização foi amplamente condicionada à adoção de generosos catálogos de direitos negativos, mirando prioritariamente à proteção e à própria segurança jurídica e patrimonial das elites coloniais (Hirschl, 2004)..

²¹⁶ O *Constitutional Act* de 1993 foi resultado de negociações inicialmente conduzidas pela Convenção para uma África do Sul Democrática (Codesa) e, posteriormente, pela retomada das discussões bilaterais

estabeleceu um inédito Tribunal Constitucional²¹⁷, investido expressamente da prerrogativa de revisão judicial. O documento ainda fixou os parâmetros para a elaboração de uma constituição definitiva, que ficaria a cargo de uma assembleia constituinte bicameral com poderes limitados, a ser composta pela legislatura a ser eleita para a Assembleia Nacional e para o Senado, nas eleições multirraciais de 1994²¹⁸.

A Constituinte sul-africana, por imposição dos compromissos que pautaram a edição da Constituição Provisória de 1993, incorporou um procedimento inédito e

diretas entre o governo de F. W. de Klerk, do Partido Nacional (PN), e o Congresso Nacional Africano (ANC), liderado por Nelson Mandela. A Codesa — um fórum nacional criado em 1991 para pactuar a transição do *Apartheid*, fortemente influenciada por pressões internacionais — colapsou já em 1992, em razão dos profundos impasses nas negociações, deflagrando uma escalada de distúrbios e violência em todo o país. O *establishment* defendia um modelo de poder compartilhado, que salvaguardasse os interesses da minoria branca no período pós-*Apartheid*, nos moldes do que viria a ser a Constituição Provisória, enquanto o ANC reclamava um modelo de democracia plena, baseado na soberania parlamentar até então vigente, pautado essencialmente pelas futuras majorias a serem eleitas. A desconfiança entre as partes foi radicalizada pelo massacre de Boipatong, atribuído a milícias supremacistas, no qual dezenas de civis negros foram mortos, levando o ANC a abandonar temporariamente as negociações. Interrompido o diálogo, a instabilidade e as incertezas cresceram significativamente. A pressão internacional, no entanto, acabou forçando a retomada das negociações bilaterais, num processo que, em 1993, culminou com a adoção da Constituição Provisória, aprovada por um parlamento ainda controlado pela minoria branca (Horowitz, 1992; Hirschl, 2004).

²¹⁷ A Constituição Provisória de 1993 estabeleceu o Tribunal Constitucional como o mais alto órgão encarregado de questões constitucionais, dotando-o de atribuições significativas para garantir a sua supremacia. O art. 98(1) determina que “haverá um Tribunal Constitucional composto por um presidente e 10 outros juízes”. Sua autoridade revisora — diversamente dos casos já examinados do Canadá e da Nova Zelândia — foi expressamente afirmada pelo art. 98(2) do Ato, segundo o qual “o Tribunal Constitucional terá jurisdição na República como o tribunal de última instância sobre todas as questões relacionadas à interpretação, proteção e aplicação das disposições desta Constituição”. Segundo o seu art. 105, as nomeações dos juízes do Tribunal Constitucional, para mandatos fixos, ainda que a cargo do presidente da República, se dariam exclusivamente a partir de uma lista restrita de candidatos, previamente filtrada pela “Comissão do Serviço Judicial”, a quem caberia arrolar os candidatos com qualificação e experiência para servir no mais alto nível do judiciário. Essa Comissão, com efeito, foi composta majoritariamente por representantes das elites jurídicas nacionais africanas, indicados pelas respectivas cortes ou associações de procuradores, advogados e acadêmicos, além de representantes do governo e do parlamento. Esse arranjo refletiu uma escolha bastante constrangida pelo *establishment*, limitando sensivelmente a discricionariedade dos futuros presidentes da República no apontamento dos futuros juízes (África do Sul, 1993).

²¹⁸ O Senado, durante o regime provisório, foi composto por senadores eleitos de forma indireta, com cada uma das nove províncias apontando dez representantes. Com a promulgação da Constituição de 1996, a Câmara Alta foi reestruturada e passou a ser chamada de Conselho Nacional das Províncias (NCOP), mantendo uma estrutura representativa semelhante. Já a Assembleia Nacional foi eleita diretamente, em 1994, por um sistema de lista fechada, na primeira eleição democrática e multirracial do país, após a remoção das barreiras étnicas, censitárias e educacionais. As três principais forças partidárias eleitas foram o *African National Congress* (ANC), principal movimento antiapartheid, de centro-esquerda, liderado por Nelson Mandela, que conquistou 252 assentos (63% do total); o *National Party* (NP), representante dos interesses das minorias brancas e liderado por Frederik de Klerk, arquiteto da transição, que obteve 82 assentos (20,5%); e o *Inkatha Freedom Party* (IFP), partido de base zulu e orientação conservadora, que garantiu 43 assentos (10,75%). Essa correlação de forças permitiu a eleição indireta de Nelson Mandela como presidente da República, conforme previsto pela Constituição Provisória, que atribuía à Assembleia Nacional tal incumbência, por maioria simples, dentre os candidatos apontados pelos partidos nela representados (África do Sul, 1993; Electoral Commission of South Africa, 1994).

extraordinário²¹⁹ em seu processo de transição democrática, estabelecendo um “processo de certificação”²²⁰ a ser conduzido pelo Tribunal Constitucional sobre o texto da constituição definitiva ainda em elaboração. Embora a composição desta Corte²²¹ tenha sido integralmente apontada pelo presidente Nelson Mandela, tal nomeação passou por uma filtragem prévia, realizada por uma comissão majoritariamente dominada por juristas e representantes do *establishment* africano (Hirschl, 2004; África do Sul, 1993).

Na certificação, o Tribunal teve a responsabilidade de examinar, de forma irreversível, a compatibilidade do texto constitucional definitivo com o Anexo 4 da Constituição Provisória, que enumerou um cuidadoso catálogo de liberdades negativas, além de um modelo de governança baseado na separação dos Poderes e na democracia representativa com poderes limitados. O objetivo implícito da certificação foi outro, no

²¹⁹ O conceito de poder constituinte originário — formulado pelo influente revolucionário francês Emmanuel Sieyès (2014) — firma-se no pressuposto de que a criação de uma nova constituição seja ilimitada em relação ao arcabouço legal preexistente, permitindo que a nova ordem, por seu caráter fundacional, se legitime por si, sem necessariamente respeitar os limites, “direitos adquiridos” ou os compromissos contratados pelo regime anterior. Como expressão da soberania popular, esse poder detém teórica autoridade jurídica absoluta para estabelecer uma nova ordem constitucional, possibilitando uma revisão abrangente das estruturas de poder. A formulação de Sieyès acabou se sedimentando amplamente na teoria constitucional do Ocidente, por seu caráter autolegitimador dos novos sistemas legais burgueses, especialmente em contextos de ruptura e de transição política do *Ancien Régime*. Nesse sentido, o caso de uma assembleia constituinte sujeitar-se ao veto prévio de um tribunal constitucional, além de contar com um senado não eleito em pleno final do século XX, além de inédito, destoa essencialmente dessa tradição, na medida em que permite a censura judicial, a cargo de uma burocracia judicial não-eleita, já de partida, à manifestação plenipotenciária da soberania popular. A revisão judicial, como se sabe, legitima-se sob o pretexto de defender a “vontade soberana do povo” corporificada no pacto constitucional, e é, nesses termos, amplamente exercida em regimes constitucionais de todo o mundo. Neste caso, porém, tal intrusão, longe de ser trivial, ocorre antes mesmo da constituição ser estabelecida por essa tal “vontade geral”, integrando-se ao seu nascedouro, numa manifestação extremada dessa tutela elitista. Como se vê, o discurso jurídico pode ser superficialmente uniforme e emancipatório e, no interior de sua “sala de máquinas” — para utilizar a expressão consagrada por Gargarella (2014) ao se referir aos fatores reais de poder —, dissimular toda sorte de arbítrio passadista. Assim como a racionalidade neoliberal, o maior mérito do “novo constitucionalismo” é justo a sua notável plasticidade.

²²⁰ O processo de certificação da Constituição Definitiva foi regulamentado pelo art. 71 da Constituição Provisória de 1993. Esta, em seu art. 71(1), estabeleceu que o novo texto constitucional deveria respeitar os princípios do seu “Anexo 4” — que impôs um extenso catálogo de liberdades negativas —, além de ser aprovado pela Assembleia Constituinte. Seu art. 71(2) afirmava que o texto final só teria validade após a certificação do Tribunal Constitucional, a quem caberia confirmar a sua conformidade com os compromissos da transição negociada. Seu art. 71(3) determinava, ainda, que a decisão do Tribunal Constitucional sobre a certificação seria final e vinculante, não podendo ser questionada por qualquer via. Por fim, seu art. 71(4) previa que, mesmo durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, qualquer proposta de texto poderia ser encaminhada ao Tribunal para uma opinião prévia sobre a sua conformidade, desde que solicitada por um quinto dos membros da Assembleia (África do Sul, 1993).

²²¹ A primeira composição do Tribunal Constitucional refletiu claramente essa estratégia de entrenchamento do *establishment* em retirada descrita por Hirschl (2004), apresentando uma maioria de sete juízes brancos (Richard Goldstone, John Didcott, Kate O’Regan, Laurie Ackermann, Johann Kriegler e Albie Sachs), dentre os quais o seu presidente, Arthur Chaskalson. A sua vice-presidência ficou a cargo de Ismail Mahomed, o único juiz indiano. Por fim, apenas três juízes negros integraram a sua composição inaugural: Tholie Madala, Pius Langa e Yvonne Mokgoro, num quadro que evidencia o franco desequilíbrio do *bench* em termos da representatividade racial tão alardeada pelo regime (South African Constitutional Court, s.d.).

entanto: evitar que a combinação potencialmente explosiva entre a natureza fundacional e juridicamente ilimitada do processo constituinte, somada à assunção do controle parlamentar pela nova maioria eleitoral negra — historicamente espoliada pelo *Apartheid* —, conduzisse à formulação de uma nova constituição de perfil “revanchista”, que mirasse diretamente os privilégios adquiridos pelas elites africaneres. Temiam-se especialmente a adoção de políticas amplas de reforma fundiária, de confisco patrimonial ou de tributação progressiva (Hirschl, 2004).

O processo de “certificação constitucional” deu às elites em retirada uma oportuna prerrogativa de veto ante o ordenamento jurídico nascente. E essa boia de salvação foi convenientemente empregada. De fato, ao apreciar a minuta da constituição definitiva, o Tribunal acabou negando-lhe a ratificação, impondo ajustes em trechos nevrálgicos, de forte apelo distributivista ou concernentes aos poderes do governo central, historicamente forte²²². Temendo impasses paralisantes e o risco de fuga de capitais que prejudicassem os investimentos estratégicos ambicionados pelo novo governo Mandela, as exigências do Tribunal acabaram se tornando fato consumado, sendo integralmente atendidas numa segunda rodada de ratificação²²³ (Hirschl, 2004).

Imobilizando o impulso reformista, a Constituição definitiva de 1996 compeliu o governo Mandela a espelhar o “Consenso de Washington”, cujo melhor exemplo foi

²²² A primeira rodada de audiências de certificação ocorreu entre 1º de julho e 6 de setembro de 1996. O Tribunal negou seu referendo, sob a alegação de que o texto resultante da Constituinte descumpria compromissos multipartidários firmados na fase de transição pactuada. Em essência, sob a perspectiva da governança vertical, o Tribunal exigiu o fortalecimento dos governos provinciais, enfraquecendo a autoridade do presidente da República e do governo central, como um contraponto à hegemonia recém-conquistada pelo ANC. Além disso, como legado direto do *Apartheid*, 87% do território estava concentrado nas mãos de 15% de uma elite proprietária essencialmente branca. Os 5% mais ricos detinham, sozinhos, 85% da riqueza nacional, em uma concentração só comparável à do Brasil. Nesse sentido, outro ponto sensível vetado pelo Tribunal foi o processo de expropriação de terras, impondo a exigência de compensação “justa, prévia e em dinheiro” para refrear impulsos redistributivos mais enérgicos ou, ao menos, garantir a sua implementação de forma controlada. Em relação aos direitos socioeconômicos de saúde, educação e habitação, a Corte impôs que tais políticas fossem planejadas observando-se atentamente a escassez dos recursos orçamentários, sob a alegação de que tais políticas sobrecarregariam o Tesouro. Além disso, o Tribunal determinou o fortalecimento da independência de órgãos como o Banco Central, o Provedor de Justiça e o Auditor-Geral, buscando imprimir um perfil tecnocrático às instituições de controle, especialmente no que concerne ao disciplinamento do gasto público, como contraponto à discricionariedade naturalmente ambicionada por governos de perfil social-reformista. Assim, frustrando a expectativa majoritária da sociedade e do sistema político, o Tribunal ordenou que o texto fosse reconsiderado pela Assembleia Constituinte, para, em seguida, se sujeitar a uma nova rodada de certificação (Hirschl, 2004; Southern Africa Legal Information Institute, 1996).

²²³ Após a ressaca do julgamento, a Assembleia Constituinte se reuniu novamente para rapidamente corrigir as inconsistências impugnadas, de modo a permitir que o Tribunal certificasse o texto ainda no ano de 1996. Atendendo às diretrizes da Corte, a Constituinte submeteu a nova minuta a uma segunda rodada de certificação, que teve início em 18 de novembro e foi concluída em 4 de dezembro. Desta vez, reputando atendidas as suas injunções, o Tribunal aprovou por unanimidade a versão emendada da Constituição de 1996 (Constitutional Court of South Africa, 1996).

Programa Gear (*Growth, Employment and Redistribution*), liderado por Trevor Manuel, ministro das Finanças. Embora a sua política econômica visasse retomar o crescimento e consolidar a legitimidade do novo governo, o seu foco central em austeridade fiscal, privatizações e subsídios ao setor privado acabou aprofundando as já alarmantes desigualdades econômicas e sociais, marchando na contramão das aspirações populares que alentaram a supressão do *Apartheid*. Desse modo, o governo Mandela, a despeito do seu compromisso com a reconciliação nacional, acabou paradoxalmente reproduzindo as estruturas excludentes do passado, atualizando-as segundo as novas dinâmicas da emergente racionalidade neoliberal (Hirschl, 2004).

Como visto, a análise comparativa conduzida por Hirschl (2004) destaca a convergência entre o empoderamento judicial em países tradicionalmente vinculados ao paradigma da soberania parlamentar e o fortalecimento das políticas neoliberais, especialmente a partir da década de 1990. Nos países examinados — Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul —, a expansão da autoridade judicial convergiu com um período de aumento consistente na concentração de renda, conforme indicam as variações captadas pelo índice de Gini no período. Mesmo na África do Sul pós-Apartheid, que já detinha o mais alto nível de desigualdade de renda do mundo, esse indicador continuou a se agravar (Banco Mundial, s.d.).

Segundo Hirschl (2004), essa dinâmica revelou, na prática, estratégias de entrincheiramento de interesses de elites tradicionais, que buscaram preservar sua influência diante das transformações impostas por uma nova conjuntura de democracia ampliada e competitiva. Assim, embora não seja possível estabelecer uma relação causal direta entre o empoderamento judicial e o aumento das desigualdades sociais, a consistente correlação observada sugere que a constitucionalização dos direitos, frequentemente envolta por embrulhos humanitários, pode convergir de forma desconfortável para o avanço de agendas reformistas orientadas pela disciplina fiscal e pela supressão do nacional-desenvolvimentismo, reforçando liberdades tipicamente lockeanas.

Para Hirschl (2004), em todo o mundo, cortes têm sido frequentemente instrumentalizadas para barrar decisões de legislaturas e de governos populares, insulando interesses econômicos e políticos de “minorias” que se distanciam significativamente do figurino de grupos vulneráveis e sub-representados, mais frequentemente associados a casos paradigmáticos de Direitos Humanos. Para além desses casos mais emblemáticos — e pontuais —, em contextos menos visíveis ao

escrutínio público, os tribunais não raro socorrem elites tradicionais, historicamente muito bem representadas nas estruturas de poder, resguardando os seus privilégios diante de crescentes pressões redistributivas das novas massas de eleitores.

Hirschl (2004) questiona a narrativa segundo a qual o empoderamento global do judiciário decorre de um compromisso genuíno com a democracia e com os Direitos Humanos. Em vez disso, interpreta esse fenômeno como uma estratégia de enclave do *status quo*, voltada a neutralizar os desafios impostos às elites tradicionais. A despeito da surrada retórica do progresso, de base evolucionista-cultural, os tribunais raramente confrontam as narrativas nacionais dominantes ou se insurgem contra as desigualdades de base estrutural. A transição rumo à “juristocracia”²²⁴ — em que os tribunais performam um papel central na formulação de políticas e na produção do quadro legal — apresenta um claro paradoxo, pois, embora promova certos direitos (negativos), acaba reforçando desigualdades estruturais e limitando a efetiva participação democrática. Isto posto, o impacto do empoderamento judicial, por seu testamento sombrio, merece ser recebido com mais ceticismo e cautela por parte dos observadores do fenômeno, especialmente quanto à sua alardeada capacidade de promover mudanças sociais duradouras e de amplo alcance.

2. 3 Perspectivas sobre a judicialização em tempos de crise da democracia liberal

As abordagens teóricas de Ginsburg (2003) e Hirschl (2004) lançam luz sobre o empoderamento judicial como uma resposta estratégica às pressões da democratização ampliada pela universalização do sufrágio. A tese do seguro eleitoral e a hipótese do entrincheiramento revelam como as elites políticas, econômicas e jurídicas desempenham um papel central no fortalecimento das cortes constitucionais. Sob o pretexto de proteger os direitos fundamentais, essa dinâmica produz a transferência de poder em considerável escala das arenas majoritárias eleitas para foros tecnocráticos, que operam de forma opaca e sob um baixo nível de *accountability*.

Ao pré-embutir uma política específica nas brechas de um discurso de neutralidade profissional, essa articulação encobre uma determinada política econômica sob o disfarce fatalista da inevitabilidade “técnica”, abafando sua natureza política contingente e excluindo-a do debate democrático. Nessa lógica tutelar, o povo deve ser

²²⁴ Na obra original, em inglês, Hirschl (2004) emprega o termo “juristocracy”.

protegido de si mesmo, ainda que inexoravelmente arque com o custo de suas escolhas e, naturalmente, também com o ônus das decisões impostas por esse enclave ilustrado *unaccountable*. O empoderamento judicial, além de blindar certos privilégios das flutuações do “mercado” eleitoral, permite ao estamento político deslocar intencionalmente para essa esfera decisões politicamente sensíveis, garantindo, assim, uma conveniente exoneração do custo político de implementar medidas impopulares (*blame avoidance strategy*²²⁵).

Embora a constitucionalização tenha se mostrado parcialmente eficaz na promoção de liberdades civis e políticas — que exigem, em essência, autocontenção do Estado —, não se constata remotamente um desempenho similar no campo das demandas por justiça social. Os exemplos ora analisados evidenciam que, mesmo sob constituições progressistas e tribunais ativistas, a desigualdade socioeconômica não apenas persiste, como até mesmo se aprofunda, tornando a equação do sistema político ainda mais desafiadora.

A judicialização é exaltada como um avanço civilizatório, não raro com um frágil suporte empírico. Todavia, a face menos visível desse Janus pode arrefecer o potencial das novas instituições democrático-representativas. A transferência de decisões políticas para órgãos não-eleitos — como tribunais, bancos centrais, agências reguladoras e burocracias semiautônomas — não apenas “despolitiza” o processo decisório, como também isenta as lideranças políticas de sua responsabilidade fundamental, de sorte que tal delegação tácita de autoridade atualize e reafirme velhas dinâmicas de poder.

Como consequência, não deveria surpreender que a confiança pública na democracia seja progressivamente corroída. A alternância de sucessivos ciclos políticos, mesmo entre forças ideologicamente opostas, raramente tem produzido mudanças substantivas na agenda econômica, perpetuando o incômodo continuísmo de um eterno

²²⁵ Em estudo clássico, Weaver (1986) cartografa, em termos mais amplos, esse fenômeno de “evitação de culpa” (*blame avoidance strategy*). Embora os agentes políticos sejam naturalmente inclinados a reivindicar o crédito por medidas bem-sucedidas, também tendem a evitar a responsabilidade por decisões impopulares, impulsionados pelo viés de negatividade dos eleitores, que reagem mais intensamente às perdas que aos ganhos. O autor identifica oito estratégias centrais de *blame avoidance*, incluindo a circunscrição da agenda, a ressignificação de problemas, a busca por bodes expiatórios, a adesão oportunista ao posicionamento popular (*jump on the bandwagon*), a diluição da responsabilidade entre múltiplos agentes, e, finalmente, a delegação tácita e estratégica da decisão (*pass the buck*). A estratégia de *blame avoidance* é frequente na formulação de políticas públicas e pode levar à “automatização decisória”, por meio da criação de mecanismos que reduzam propositalmente a discricionariedade das autoridades eleitas para evitar desgastes eleitorais e que está no cerne da judicialização. O autor aponta que sistemas com alta difusão política tendem a ser mais bem-sucedidos nessa estratégia, ao contrário de regimes centralistas, em que a imputação pessoal de responsabilidade se mostra mais facilmente operacionalizável.

ciclo de reformismo fiscal, que instauram um quadro de crise social permanente. Como estratégia de diferenciação dos que, no fundo, podem ser incomodamente semelhantes, o varejo eleitoral tem se encurtado para o campo do reconhecimento e da alteridade radical, em que o oponente é moldado como um fantasma perfeitamente simétrico, mas de sinal invertido.

Esse processo, ao suprimir do debate público a política econômica, o reduz, na sociedade do espetáculo, à fumaça distratora das guerras culturais, de caráter eminentemente simbólico e individualista, ou aos discursos laudatórios sobre a superioridade das instituições, que relutam ferozmente em reconhecer e endereçar as razões eventualmente legítimas do seu crescente descrédito, numa espiral desintegradora que opõe a sociedade a si mesma. Em meio a tamanha conturbação, as promessas da constitucionalização e do empoderamento judicial como instrumentos de fortalecimento democrático e de promoção dos direitos merecem, no mínimo, ser revisitadas com maior ceticismo.

CAPÍTULO 3 - NEOLIBERALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: DUAS FACES DE UMA MESMA RACIONALIDADE

“Não cabe aos tribunais dizerem se a regulamentação salarial é eficaz [...], se é melhor do que alguma outra solução ou se é preferível à atuação cega e descontrolada das forças econômicas. O poder legislativo deve ser livre para escolher, a menos que se queira tornar o governo impotente. A Constituição não incorporou nossa preferência [dos juízes] por um determinado conjunto de crenças econômicas, assim como não adotou, em nome da liberdade, qualquer “sistema teológico” apenas porque o desejamos”²²⁶.

“O reconhecimento da constitucionalidade da terceirização de atividades inerentes à atividade-fim revela-se como instrumento de equalização dos agentes de mercado envolvidos [...]. Logicamente, a prática da terceirização coloca em xeque conceitos basilares do Direito do Trabalho tal qual o conhecemos. Será preciso, portanto, refundar o Direito do Trabalho, instaurando novos pontos de ancoragem ou, no mínimo, reformulando os seus mais fundamentais conceitos [...]. A rigor, do modelo de produção horizontalizado, terceirizado, não decorrem necessária e intrinsecamente fraudes e ilicitudes. Enfim, somos chamados a decidir entre a utopia e a realidade”²²⁷.

Após a década de 1970, a racionalidade neoliberal reconfigurou o Estado e a democracia ao deslocar decisões substantivas para burocracias autônomas, amparadas no léxico dos direitos e na racionalidade técnica. O neoconstitucionalismo constituiu-se como a gramática jurídica de tal reconfiguração, ao “desformalizar” a normatividade positiva por meio da centralidade dos princípios e da técnica de ponderação, dando suporte a um modelo de gestão que ambiciona — em vão — a neutralização da conflitualidade inerente à Política.

O neoliberalismo, mais que uma simples corrente ideológica em disputa entre outras tantas numa sociedade pluralista, reveste o figurino abrangente de uma nova governamentalidade²²⁸ ou uma nova etapa do sistema de acumulação capitalista. Sua

²²⁶ Trecho do voto divergente do juiz Harlan Stone no caso *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, julgado em 1936, em que a Suprema Corte dos EUA invalidou, sob a justificativa de inconstitucionalidade por suposta restrição à livre iniciativa empresarial, uma lei do estado de Nova Iorque que estabelecia um piso salarial para mulheres e menores de idade, para combater a lógica econômica de hiperexploração desse segmento por sua particular vulnerabilidade (Suprema Corte dos EUA, 1936, adaptado e em tradução livre).

²²⁷ Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, relator da ADI nº 5.685, em que o STF avalizou a generalização da terceirização, para alcançar também as atividades finalísticas das organizações, rompendo com o modelo anterior, que restringia a modalidade às atividades-meio, de suporte administrativo (STF, 2020, p.43).

²²⁸ O neologismo resulta da justaposição dos termos *gouverner* e *mentalité*, designando não apenas as práticas estruturais de governo, mas, sobretudo, a racionalidade que orienta o modo como os indivíduos se conduzem em relação a si mesmos (“governo de si”) e em termos relacionais (“governo do outro”). Para Foucault (2008 e 2019), a governamentalidade corresponde a um conjunto de procedimentos, instituições

racionalidade, de fato, não apenas ativa novos dispositivos que interpelam e agenciam a vontade humana no nível antes insondável das prefigurações desejanter²²⁹, como também afeta a própria grade interpretativa dos saberes e da Ciência — cada vez mais reduzida a “técnica” e disposta a exercer sua autoridade para além dos limites da persuasão racional —, engendrando, no fim das contas, uma nova subjetividade histórica, bastante distinta daquela²³⁰ que caracterizou a Modernidade.

Como uma cosmovisão abrangente, o neoliberalismo reconfigura em intensidade e extensão o tecido social, os discursos e as instituições que historicamente sustentaram a racionalidade moderna, introduzindo uma nova espacialidade transnacional — que desafia sistematicamente a operação de soberania territorial do Estado-nação —, e também uma inédita temporalidade de crise permanente²³¹, que, com seu discurso

e métodos que viabilizam uma forma específica de poder e a uma racionalidade política que organiza o campo das possibilidades individuais. Trata-se, portanto, de um modo de gestão das condutas que transcende a esfera estatal, penetrando a vida social, econômica e privada e se infiltrando em todas as dimensões da existência coletiva e individual.

²²⁹ De fato, por meio de técnicas cada vez avançadas de marketing, especialmente a partir da coleta massiva de vestígios digitais altamente personalizados, pelo que Zuboff (2021) nomeia como “capitalismo de vigilância”, tornou-se possível instrumentalizar vieses pessoais para fomentar desejos de consumo antes mesmo que possam ser espontaneamente manifestados. Como adverte Marcuse (2015), em sua análise sobre os primeiros indícios dessa nova “sociedade do consumo”, desejos artificiais passam a ser sistematicamente inculcados como se fossem necessidades “autênticas”, contribuindo para a formação de uma nova subjetividade “unidimensional”, altamente pulsional e avessa a processos dialógicos e reflexivos.

²³⁰ Ao investigar a “invenção” do discurso jusnaturalista dos Direitos Humanos no fim do século XVIII, Hunt (2009) historia as profundas transformações que levaram à formação da subjetividade moderna, essencialmente distinta daquela até então sustentada por noções teológicas totalizantes, rigidez estamental e uma vida rural autossuficiente, características da subjetivação medieval e pré-moderna. Apenas para ficar em alguns exemplos elucidativos da autora, nos teatros, o público abandonou as tradicionais interações ruidosas com o palco, adotando, em seu lugar, a introspecção e o silêncio contemplativo, centrados na interpretação individual do conteúdo cênico. Na arquitetura, os lares passaram a privilegiar a privacidade, contando com espaços compartimentados para atividades individuais, num afastamento das práticas excessivamente comunitárias do período anterior. Na literatura, as narrativas deslocaram-se dos grandes personagens heroicos e aristocráticos para o psicologismo romântico labiríntico, centrado nas emoções profundas e nos dilemas cotidianos de personagens ordinários. Essas mudanças progressivas produziram, de fato, uma nova forma de subjetivação, que estabeleceu o “homem” como a unidade central de uma economia política baseada na inviolabilidade individual. Essa subjetividade, ao conceber o indivíduo como o portador de direitos naturais, universais e inalienáveis, ancorada na autonomia do corpo e na dignidade humana, foi decisiva para a formulação do discurso humanista. Seu impacto sustentou a transição para governos fundamentados no consentimento dos súditos e na ideia de uma humanidade comum, enlaçando os indivíduos por valores universalistas e reformulando profundamente as práticas sociais para sustentar a nascente racionalidade capitalista. Cabe indagar se os seus fundamentos metanarrativos seguem presentes na contemporaneidade.

²³¹ Nessa dinâmica, o tempo médio — característico do planejamento keynesiano-fordista — é substituído pela coexistência de duas temporalidades contraditórias: o “presentismo”, marcado pela precarização e pela instabilidade excessiva, que direcionam toda a economia psíquica para a sobrevivência cotidiana, e um futuro bloqueado, apocalíptico e insondável, distante e incerto demais para mobilizar o horizonte subjetivo. Essa configuração produz uma sensação de oscilação constante, que interdita qualquer planejamento de médio prazo e instaura um estado de corrida de “atualização contínua”, que, no entanto, se presta apenas a manter o indivíduo “parado no mesmo lugar”, em consonância com a dinâmica das novas mídias digitais. Esse novo horizonte temporal impacta decisivamente a percepção do “real”, enquanto discurso compartilhado, fortalecendo regimes alternativos e fragmentários de veridificação, além de produzir uma

ideológico de sobrevalorização do individual, ameaça os próprios mecanismos de reprodução social. Nesse sentido, ao se distanciar dos valores da Modernidade, a racionalidade neoliberal parece efetivamente fazer jus à qualificação de “pós-moderna”²³², na medida em que subsume contornos do que, no futuro, poderá demarcar uma ruptura em termos de periodização histórica.

No plano das instituições, o neoliberalismo também impôs suas metamorfoses fundamentais. Assim, no fim do século XX, o judiciário — concebido por Montesquieu (1996), Hamilton (2003) e Bickel (1986) como “o mais fraco” entre os poderes e antes limitado à resolução de litígios individuais — emergiu como um pilar central do Estado Neoliberal, produzindo precedentes jurisprudenciais em conflitos de massa que, por sua abstração, impessoalidade, generalidade e elevada discricionariedade política, pouco se distinguem da legislação²³³. Esse novo “Estado de Juízes” se caracteriza por um baixo grau de deferência às decisões de órgãos eleitos, distanciando-se dos fundamentos legitimadores da democracia liberal, como a separação de poderes, o *accountability* e o consentimento eleitoral dos súditos.

Nessa trilha, o presente Capítulo busca cartografar as principais características dessa nova governamentalidade, associando-a ao fenômeno coemergente do empoderamento global da jurisdição e do neoconstitucionalismo, enquanto sua doutrina

organização social desenraizada e dessimbolizada, baseada num contraditório hedonismo depressivo, em que os circuitos afetivos são majoritariamente capturados pela urgência totalizante do presente (Chun, 2016; Cesarino, 2021).

²³² Aqui tomada em proximidade de sentido com o conceito de “capitalismo tardio”, descrito por Jameson (1991). Na chamada “pós-modernidade”, a profundidade cede lugar à superficialidade, enquanto a historicidade, as metanarrativas, as utopias e a linguagem universalista são suplantadas por uma intensa fragmentação espaço-temporal e subjetiva. As relações sociais passam a ser amplamente codificadas pela lógica do consumo e da concorrência, espelhando as repercussões estruturais do novo capitalismo, em sua faceta transnacional e financeirizada, sobre a subjetividade humana. Quanto a esse novo paradigma, Bauman (2021) realça a “liquidez” característica das suas relações sociais, econômicas e culturais. Diferentemente da Modernidade, caracterizada por estruturas “sólidas”, com funcionamento estável e previsível, a liquidez pós-moderna reflete um estado de contínua transformação, em ressonância com a imprevisibilidade típica da globalização financeira. Nesse novo arranjo, não apenas as instituições, mas também os vínculos sociais e as identidades tornam-se cada vez mais transitórios, efêmeros, voláteis e “consumíveis”.

²³³ Exceto por sua frágil legitimidade democrática e pela franca vulneração ao paradigma moderno da separação de poderes como mecanismo de neutralização dos excessos estatais. Se, na teorização de Montesquieu (1996), o legislador era concebido como um “guia do futuro”, incumbido de estabelecer normas gerais e prospectivas para reger universalmente a comunidade, ao judiciário cabia a guarda do passado, aplicando, no caso concreto, a vontade estatal abstrata já pré-positivada. A separação dessas tarefas era pressuposto para prevenir o despotismo. Mesmo no sistema de precedentes do *common law*, o juiz não decidia com a intenção de produzir enunciados reguladores de casos futuros, mas buscando solucionar litígios individuais de modo congruente e previsível, em linha com a experiência passada, nos limites da identidade fática e da moldura jurídica vigente. A jurisprudência, assim, configurava-se menos como criatividade legislativa do que como expressão da própria estabilidade normativa e do profissionalismo judicial. Julgar “de olho no futuro” é, portanto, essencialmente uma subversão da própria processualidade jurisdicional.

legitimadora. Avançando para além do verniz do discurso dos direitos — apropriado da tradição moderna, mas sob uma roupagem substancialmente diversa—, o “novo constitucionalismo” não raro arrefece ou bloqueia demandas sociais que desafiem o consenso econômico e político vigente. E mesmo a sua retórica pró-liberdades transmutou-se num código essencialmente novo, centrado nas enervações de um crescente aparato burocrático e da onipotência da governança empresarial, que obliteram os discursos públicos concorrentes.

Ao insular as instituições governamentais em relação à sociedade e reduzir os cidadãos à condição de “consumidores”, por meio de uma ampla mercantilização concorrencial do campo social, o neoliberalismo engendra uma dinâmica ambivalente: de um lado, libera os impulsos mais agressivos do capital, favorecendo métodos cada vez mais opacos²³⁴ de acumulação; de outro, subjuga o indivíduo por meio de novas disciplinas²³⁵ tecnológicas sutis e crescentemente imperceptíveis, remodelando-o sob uma subjetividade “empreendedora”, marcada pela erosão dos laços estáveis de solidariedade²³⁶. Sem metanarrativas mobilizadoras ou discursos fortes, a impotência da subjetividade neoliberal encontra na miragem de “líderes fortes” a boia de salvação enganosa para o seu desamparo existencial.

Foi nesse contexto que o judiciário — que até a primeira metade do século XX exerceu uma função indispensável, mas relativamente periférica no equilíbrio entre os poderes — ascendeu à condição de protagonista, apresentando-se como o pretense “guardião” das novas “democracias constitucionais”. Nesse modelo, a soberania popular sofre deslocamentos em prol da dimensão mitológico-fundacional dos “pactos

²³⁴ Dos quais são exemplos os derivativos, os criptoativos e outros ativos especulativos radicalmente autonomizados da economia produtiva real, que mais se aproximam de uma geração de valor alicerçada na credulidade, na imprudência ou mesmo na aposta pura e simples.

²³⁵ O conceito de disciplina será aqui adotado na perspectiva de Foucault (2021), que a descreve como um dispositivo de poder que busca produzir corpos simultaneamente dóceis e úteis, operando difusamente por uma teia arquipelágica e integrada de instituições. No exercício do poder, a disciplina é uma microfísica que privilegia a extensão sobre a intensidade, apoiando-se na produção de identidades reguladas, que permitem “entender” o indivíduo na massa e enquadrá-lo em uma matriz normativa capaz de torná-lo, sempre que necessário, um alvo pontual de intervenção corretiva. A disciplina organiza os corpos em espaços delimitados — incluindo espaços idealizados, como o ciberespaço —, regula as atividades humanas em tempos e movimentos, estrutura as tarefas em etapas avaliáveis e coordena as forças individuais — que passam a operar numa rede impessoal de peças intercambiáveis — para produzir escala e eficiência. Por meio da sanção normalizadora e da vigilância hierárquica — que na atualidade pode assumir formas sutis, como a gestão algorítmica —, a disciplina produz a norma social, regula os comportamentos e engendra um saber sistemático sobre os sujeitos, consolidando seu regime de produção de verdade e sua rede de controle e poder.

²³⁶ Articulando, portanto, uma solidariedade “pós-orgânica” — para atualizar a categoria clássica de Durkheim (1999) — ou, no mínimo, essencialmente distinta daquela que marcou a etapa fordista de acumulação capitalista.

fundamentais”. Trata-se, em larga medida, de uma atualização questionável das concepções contratualistas clássicas, originalmente assentadas na lógica do consentimento e da responsabilização política. Nas frestas porosas e ambíguas do texto constitucional, novas e velhas elites encontram terreno fértil para metamorfosear seus métodos e assim se proteger dos novos “riscos” trazidos pela democracia de massas, à maneira de *Il Gattopardo*²³⁷.

A dogmática constitucional adquire, na pós-modernidade, um fascínio quase teológico, erguendo-se como a expressão máxima da civilização, e, dessa torre de marfim, marginaliza em bloco quaisquer questionamentos à sua autoridade e discurso transcendente. Originalmente concebida como um instrumento político de caráter proclamatório e aspiracional — um ponto de partida, portanto, para a ação política —, a constituição passou a exercer, a meados do século XX, um esforço congelante da conflitualidade social, distanciando-se do seu próprio ideário fundacional²³⁸.

O objetivo central deste Capítulo será, pois, reconstituir os discursos que sustentaram esse empoderamento de burocracias autônomas justo quando a democracia parecia alcançar seu maior brilho, com a efetiva universalização do sufrágio. Pretende-se, com isso, lançar um olhar mais atento sobre como a racionalidade neoliberal, ao atualizar velhas promessas de libertação individual, redefine profundamente o papel do Estado e das instituições democráticas, não raro em colisão com os valores e aspirações que lhes deram sustentação ideológica.

Assim, num esforço de reconstituição genealógico, nas seções seguintes, serão revisitados os fundamentos centrais do pensamento ordoliberal, que presidiu a Reconstrução e a remodelagem das instituições europeias do pós-guerra, influenciando particularmente a edição da Lei Fundamental de Bonn e a criação do influente Tribunal Constitucional alemão. Esta precursora europeia do pensamento neoliberal contemporâneo²³⁹ notabilizou-se por sua ênfase na construção de um arcabouço jurídico

²³⁷ Como no célebre aforismo eternizado por Lampedusa (2017), é preciso que tudo mude, para que tudo permaneça como está.

²³⁸ Sobre essa metamorfose, confira-se Grossi (2007), Bobbio (2004), Brandão (2007) e Fioravanti (2001 e 2003).

²³⁹ Embora existam distinções — e até disputas — entre o pensamento ordoliberal e o neoliberal, a atual etapa do capitalismo, marcada pela hegemonia do capital financeiro e pela globalização produtiva, revela uma ampla convergência entre essas vertentes sob o signo da racionalidade neoliberal. Dardot e Laval (2016), Brown (2019) e Biebricher (2019) compartilham esse diagnóstico ao identificar no ordoliberalismo uma de suas variantes ou, ao menos, uma precursora decisiva. Nesta tese, sustenta-se igualmente que o ordoliberalismo — hegemônico na Europa — constitui um dos principais alicerces da doutrina neoliberal contemporânea, ainda que certos enquadramentos teóricos procurem tratá-los como sistemas essencialmente distintos ou mesmo excludentes.

sólido e de um aparato burocrático capaz, concebidos para submeter a política de massas a parâmetros normativos codificados como “neutros”.

Também se analisará a corrente austro-americana do neoliberalismo, que, embora tenha alimentado uma clara nostalgia pelo *laissez-faire* e pela democracia de elites, jamais hesitou na apologia à violência política para impor seu quadro normativo, produzindo o oxímoro do “constitucionalismo iliberal”. Apesar da diferença de tom e da maior estridência ideológica, também aqui o discurso de neutralização da soberania popular por instituições não-eleitas desempenha funções desconcertantemente análogas.

Pretende-se, assim, evidenciar as incômodas intersecções entre neoliberalismo e neoconstitucionalismo, para além de um mero prefixo comum ou de uma coemergência simultânea. Longe de constituir um evento isolado ou um simples desdobramento da tradição dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo pode ser compreendido como a projeção das metamorfoses neoliberais sobre o campo jurídico. A nova dogmática constitucional pode revelar-se, portanto, um instrumento de domesticação da soberania popular, ao conferir forma jurídica às exigências de uma economia globalizada, oferecer um arcabouço normativo maleável às demandas de circulação do capital e legitimar uma ordem que, a despeito dos seus compromissos evidentes, credencia-se insidiosamente como “neutra”.

3.1 O ordoliberalismo alemão e o empoderamento tecnocrático na Europa do Pós-Guerra

Dardot e Laval (2016, p. 101) qualificam o ordoliberalismo como a “forma alemã do neoliberalismo”, que se tornou hegemônica na Europa do pós-guerra ao enfatizar a ordem constitucional e procedimental, numa intersecção produtiva entre direito e economia. Para os ordoliberais, a história do capitalismo é essencialmente uma história jurídico-institucional: a ordem de mercado é produto de uma vontade política, e não resultado de qualquer sorte de “evolução espontânea”. E, como a concorrência depende de regulação e vigilância intensivas, cabe à ordem jurídica dotar-se de instituições capazes de sustentar sua artificialidade. Economia e democracia situam-se, assim, no plano da cultura, e não da “natureza” humana, de modo que uma política econômica não possa prescindir de uma política de sociedade.

O ordoliberalismo identificava na expansão excessiva do dirigismo estatal — e não no hiperindividualismo burguês da República de Weimar e nos seus efeitos sobre a

dissolução dos laços sociais — a principal causa da ascensão do nazismo. Ao orientar a Reconstrução alemã, a racionalidade ordoliberal contrapôs a lógica do Estado de Direito à economia de comando do III Reich, buscando reabilitar a sociedade civil em oposição ao impulso prussiano de subordiná-la ao Estado. Nessa grade de leitura, a economia de mercado estaria para a democracia assim como o dirigismo estatal estaria para o totalitarismo: é a economia produz a legitimidade do Estado, que, por sua vez, funciona como o seu fiador decisivo (Dardot e Laval, 2016).

Berço do pensamento ordoliberal, a Escola de Freiburg moldou a ideia central de “constituição econômica”, baseada na livre concorrência e na soberania do consumidor, posicionando o sistema de preços como um mecanismo coletivo de produção de informação sobre a escassez — aproximando-se bastante, nesse aspecto, do pensamento hayekiano²⁴⁰. Os pressupostos dessa “ordem constitucional” são: (1) a estabilidade política e monetária; (2) a abertura dos mercados; (3) a intangibilidade da propriedade privada e a livre iniciativa; e (4) a responsabilidade dos agentes econômicos quanto aos desvios de mercado (Dardot e Laval, 2016).

O primado ordoliberal, portanto, distancia-se do velho *laissez-faire*, distinguindo as “boas” das “más” intervenções estatais justo por sua conformidade com a “constituição econômica”. Assim, a despeito de atribuir *status* privilegiado à livre iniciativa, o ordoliberalismo consagra o “princípio da subsidiariedade”, segundo o qual a intervenção estatal deve se cingir à correção das falhas de mercado, por regulação e coordenação, preservando as estruturas elementares e hierarquizantes do social. Seu objetivo é produzir um quadro simultaneamente estável, seguro e moralizante (Dardot e Laval, 2016).

O ordoliberalismo, a despeito da enganosa afinidade superficial, se opõe vigorosamente à racionalidade keynesiana. Esse “capitalismo popular” rejeita as políticas sociais universalistas e perfila uma lógica fortemente tecnocrática, tratando a pobreza como um problema a ser meramente gerenciado. A sua “função social” do mercado se realiza pela “democracia do consumo”, mas a responsabilidade individual e a caridade são os remédios por excelência contra a pobreza. A política social deve se limitar a políticas assistenciais e não universalistas de gestão da pobreza, visando precipuamente à reabilitação do *status* de consumidor — condição necessária à reintegração do indivíduo ao jogo do consumo (Dardot e Laval, 2016).

²⁴⁰ Sobre a defesa enfática desse ponto, confira-se Hayek (2023).

A liberdade passa a ser concebida como a condição de ser “proprietário”, ainda que apenas de si mesmo, e, simultaneamente, de integrar uma comunidade capaz de oferecer algum grau de solidariedade local, indispensável sobretudo para amortecer a violência predatória do mercado. Nessa vertente austera e conservadora do neoliberalismo, o hedonismo é codificado como ameaça à ordem social e, por consequência, à própria economia de mercado: os mesmos diques morais que sustentam o mercado asseguram também a coesão social. Em qualquer caso, essa chamada “Terceira Via” preserva intacto o núcleo da ordem neoliberal, tendo-se tornado mais influente que a própria tradição austro-americana ao promover uma subjetividade “empreendedora de si”, moldada pela regulação tecnocrática, e ao estender a lógica concorrencial a todas as esferas da vida social, degradando o cidadão à condição de “cliente” (Dardot e Laval, 2016).

O ordoliberalismo enfatiza, portanto, a necessidade de um Estado forte para sustentar uma economia de mercado funcional. Distanciando-se da doutrina clássica do *laissez-faire*, tal corrente rejeitou abertamente a fantasia autorregulatória que havia tragicamente reduzido a Europa a escombros no curso das Grandes Guerras. Na defesa de uma “sociedade livre”²⁴¹, longe de defender a retirada do Estado, o ordoliberalismo sempre advogou por uma sensível reorientação de sua atuação, com o objetivo de promover e sustentar uma ordem jurídica capaz de prevenir monopólios, constranger a discricionariedade política e impedir colapsos econômicos de larga escala (Dardot e Laval, 2016).

Ao enfatizar a indispensabilidade de um arcabouço jurídico robusto e de instituições dotadas de autonomia em relação à sociedade, o pensamento ordoliberal exerceu papel decisivo na configuração da democracia alemã do pós-guerra, delineando a lógica que orientou a criação do seu Tribunal Constitucional, Banco Central e de diversas agências semiautônomas. E, como mencionado no Capítulo 1, a Corte Constitucional alemã consolidou-se como um paradigma da nova revisão judicial,

²⁴¹ A expressão é utilizada aqui no sentido atribuído por Lippmann (1937), que, ao refletir sobre a crise do liberalismo na década de 1930, definiu uma “sociedade livre” (*free society*) como aquela capaz de harmonizar economia de mercado e democracia liberal, num esforço que reclama um equilíbrio cuidadoso entre livre iniciativa e intervenção estatal. Precursor das ideias que mais tarde influenciariam a doutrina ordoliberal, Lippmann (1937) rejeitava tanto as afetações irresponsáveis do *laissez-faire* quanto o dirigismo estatal totalitário, defendendo caber ao Estado criar e sustentar as condições necessárias para o adequado funcionamento do mercado. Sua principal obra — *The Good Society* (1937) — foi o mote para o emblemático Colóquio Walter Lippmann, realizado em Paris, em agosto de 1938. Esse evento semeou as raízes do que seria a *Mont Pelerin Society*, fundada dez anos depois, reunindo intelectuais de várias nacionalidades — como Hayek, Röpke, Rougier e Rüstow —, que se destacariam, nos anos seguintes, como os principais arquitetos do pensamento neoliberal (Dardot e Laval, 2016).

influenciando a arquitetura institucional de inúmeras democracias contemporâneas, o que justifica a relevância de examinar os pressupostos que inspiraram sua fundação.

E, para reconstruir os discursos que conformaram o modelo europeu de revisão constitucional, é indispensável retomar os fundamentos do ordoliberalismo, em especial as concepções de “constituição econômica” e de contenção da discricionariedade política por meio de um aparato tecnocrático orientado à preservação da estabilidade de mercado e da conformidade normativa. Nessa perspectiva, esta Seção examina as contribuições de Wilhelm Röpke, Franz Böhm, Walter Eucken e Ludwig Erhard, cujas formulações convergiram para problematizar os desafios que a democratização de massas passou a impor ao funcionamento da economia de mercado.

Principiando por Röpke²⁴² (1960), o autor sustenta que a transição contemporânea para a democracia de massas — marcada pela universalização do sufrágio — trouxe consigo sérios riscos à liberdade, ao favorecer a ascensão de um modelo coletivista de inspiração “jacobina”. Diferentemente da democracia liberal, esse modelo seria caracterizado pela “obsessão igualitarista” e pela “ficção” da soberania popular, que absolutiza a vontade da maioria e despreza os valores éticos, as “ordens superiores” do mercado e os demais limites fundamentais à ação política.

Inspirada nas tradições anglo-saxã e suíça, a noção de democracia liberal concebida por Röpke (1960) diz valorizar o consentimento dos governados e o controle sobre os governantes. Distingue-se, contudo, pela imposição de limites rigorosos ao poder estatal, sustentados em princípios tradicionais, valores morais e costumes destinados a resguardar a liberdade de mercado. São esses freios institucionais que, segundo o autor, impedem que até mesmo uma maioria parlamentar ocasional transgrida tais limites, preservando as liberdades negativas contra os impulsos destrutivos do “irracionalismo das massas”.

Refletindo sobre o deslocamento da soberania nacional para entidades de caráter supranacional, no contexto europeu do pós-guerra, Röpke (1959) argumentou que tal transferência não eliminaria os riscos do excesso de poder estatal, apenas deslocando-o

²⁴² O economista Wilhelm Röpke (1899-1966) foi um dos grandes expoentes do ordoliberalismo alemão e um dos principais arquitetos da economia social de mercado, que fundamentou a Reconstrução da Alemanha e a integração comunitária da Europa no pós-guerra. Precursor da ideologia neoliberal e membro da *Mont Pèlerin Society*, Röpke se notabilizou por sua crítica contundente ao coletivismo, propondo uma ordem econômica que harmonizasse liberdade individual, propriedade privada e responsabilidade social. Em profícua obra, abordou centralmente os desafios da contemporaneidade e os riscos despóticos de uma democracia de massas, realçando o papel das tradições, da separação de poderes e das instituições independentes na preservação da liberdade (Dyson, 2021).

para uma escala geográfica distinta e ampliada. O autor insiste na centralidade de uma governança liberal, fundamentada em constituições que façam justiça ao indivíduo e imponham limites rigorosos ao governo. Em sua visão, a descentralização do poder seguiria sendo o princípio organizador essencial para prevenir os abusos estatais, por sua capacidade de promover equilíbrio e proteção das liberdades, tanto no plano interno, quanto no cenário acidentado das relações internacionais.

Röpke (1960) atribui um valor distintivo à constituição consuetudinária, concebendo-a como um instrumento essencial para limitar o poder estatal e proteger as franquias individuais. Seu ceticismo em relação às constituições escritas decorre de sua vulnerabilidade à influência excessiva de grupos organizados, que, em aliança oportunista com o *establishment* político, distorcem o Estado em benefício próprio. Para o autor, a ordem fundamental de uma nação deve ser construída de modo gradual, apoiada em uma articulação social profundamente enraizada. A seu ver, uma ordem política dificilmente poderia consolidar-se por meio de um artifício instantâneo, como a proclamação solene de um documento escrito. Sem essa base costumeira, a constituição tornar-se-ia inevitavelmente frágil diante das forças desagregadoras da sociedade de massas, que corroeriam os seus pilares históricos e morais.

Ainda assim, embora não tenha abordado diretamente a revisão judicial — possivelmente por seu ceticismo em relação às constituições escritas ou mesmo pela relevância muito secundária da temática em seu próprio contexto histórico — Röpke (1960) realçou a importância de entidades como o judiciário, os bancos centrais, as igrejas, as universidades e a imprensa. Em sua visão, o papel dessas instituições independentes seria operar como um contrapeso aos excessos próprios da sociedade de massas e do populismo estatal, resguardando os valores superiores e perenes de um povo e, desse modo, contribuindo para a preservação dos pilares de uma ordem social equilibrada.

Como dito, foi também no pensamento ordoliberal alemão que se consolidou a formulação hoje central de “constituição econômica” (*wirtschaftsverfassung*) — aqui compreendida como o conjunto de normas, princípios e instituições que presidem a racionalidade econômica em uma sociedade livre, estabelecendo os alicerces para as relações entre Estado, indivíduos e mercados. Para os expoentes da chamada Escola de Freiburg, como Franz Böhm²⁴³ e Walter Eucken, a constituição econômica integra os

²⁴³ Franz Böhm (1895—1977) foi economista, jurista e político alemão, amplamente reconhecido como um dos fundadores da Escola de Freiburg e figura central do ordoliberalismo. Intelectual de grande influência

fundamentos jurídico-políticos que dão sustentação social à economia capitalista e, embora distinta da constituição política codificada, ambas se acham intimamente interligadas (Dyson, 2021; Dardot e Laval, 2016).

A constituição econômica se baseia em uma perspectiva racionalista, rejeitando a concepção anacrônica de uma “ordem espontânea”, promovida pelo *laissez-faire*. Diversamente do que apregoam boa parte das interpretações vulgares da ideologia neoliberal, a economia de mercado depende de um Estado forte e capaz de sustentar seus mecanismos essenciais, por meio do emprego intensivo de um certo quadro jurídico e institucional. Assim, a constituição econômica abrange um conjunto amplo de normas indispensáveis para salvaguardar a competitividade do mercado e promover a estabilidade econômica, compondo um arcabouço que inclui não apenas o regramento propriamente constitucional, mas também a legislação relacionada à concorrência, às relações trabalhistas, à regulação bancária, à tributação e à propriedade intelectual (Dyson, 2021; Dardot e Laval, 2016).

Embora reconheça o caráter construtivista da “constituição econômica”, Böhm (1937) a considera essencialmente imune às escolhas discricionárias dos governantes²⁴⁴, em razão de seu papel fundacional na preservação de uma sociedade livre. Essa estrutura normativa visa garantir que a atividade econômica se submeta a princípios como a primazia da propriedade privada, a liberdade contratual e o funcionamento do sistema de preços. Em última instância, a constituição econômica expressa o núcleo genealógico do capitalismo, que, por essa razão, deve ser resguardado de interferências políticas arbitrárias, numa perspectiva que coloca a esfera econômica no centro da organização social.

Sua normatividade orienta a atuação do Estado, limitando-a à correção das falhas de mercado e à garantia de condições de concorrência. A competição figura como o principal mecanismo de eficiência e desenvolvimento econômico, de modo que a ação estatal deva ser continuamente regulada pelo princípio da subsidiariedade — segundo o qual a intervenção pública só se legitima na ausência, insuficiência ou mau desempenho de bens e serviços que, em regra, cabem à iniciativa privada (Dardot e Laval, 2016).

na formulação da política econômica da Alemanha do pós-Guerra, Böhm se destacou por promover uma abordagem interdisciplinar integrativa do direito e da economia, enfatizando a necessidade de uma ordem jurídica capaz de garantir o funcionamento eficiente do mercado (Dyson, 2021).

²⁴⁴ Essa intangibilidade é, todavia, mais uma aspiração normativa do que propriamente uma realidade concreta, na medida em que, abandonando a interpretação manchesteriana de uma “ordem espontânea”, o próprio pensamento ordoliberal reconhece a natureza construtivista da economia de mercado.

Böhm (1937) destaca os freios institucionais como instrumentos essenciais para preservar a ordem político-econômica diante das pressões desestabilizadoras da democracia de massas. Decisões estruturais, como a definição da constituição econômica, devem basear-se em princípios claros e firmes, capazes de assegurar estabilidade e coerência ao sistema social, sem se submeter às contingências de interesses particularistas ou às oscilações frívolas da vontade popular.

Em uma ordem econômica dinâmica, é crucial evitar que a pluralidade de interesses e conflitos políticos comprometa a coesão do sistema, o que exigiria uma estrutura normativa sólida, sustentada em princípios que orientem a interação entre os agentes econômicos e mantenham o equilíbrio e a funcionalidade do conjunto. Para Böhm, esses mecanismos não apenas servem de anteparos a decisões arbitrárias, mas também fazem com que a racionalidade normativa impregne a política econômica, orientando-a segundo uma perspectiva de longo prazo.

A estabilidade política, observa o autor, depende de lideranças capazes de compreender e administrar a complexa interdependência entre os diversos componentes sociais e econômicos. Nesse contexto, o fortalecimento das instituições e a observância rigorosa de princípios normativos tornam-se condições indispensáveis para garantir consistência, previsibilidade e funcionalidade à ordem econômica.

Segundo Böhm (1937), ao estruturar a ordem econômica, os princípios constitucionais devem ser aplicados não apenas como normas abstratas, mas como guias pragmáticos e consequencialistas para a organização e regulação da economia. O controle da conformidade legal, nesse contexto, torna-se crucial para proteger a integridade do sistema jurídico e promover uma interação harmoniosa entre os elementos econômicos e políticos da sociedade. Como regra, a burocracia estatal deve atuar com cautela ao arbitrar questões de política econômica, evitando ou repelindo interferências que negligenciem os princípios estruturantes da ordem econômica. Assim, o controle exercido por essas instâncias deve ser vigilante, mas parcimonioso e consistentemente orientado, garantindo que tanto o sistema legal quanto a sua aplicação permaneçam alinhados a uma racionalidade econômica capaz de promover o equilíbrio e a prosperidade do país.

Na mesma linha, Eucken (1998)²⁴⁵ ressalta que a configuração da ordem econômica depende de uma interação fina entre instituições jurídicas, políticas e de

²⁴⁵ Walter Eucken (1891—1950) foi um dos principais fundadores do ordoliberalismo e da Escola de Freiburg, tendo contribuído de forma decisiva para o desenvolvimento da economia social de mercado da Alemanha do pós-Guerra e para a modelagem de suas instituições (Dyson, 2021).

mercado. Em sua visão, liberdade individual e equilíbrio social só podem ser alcançados em um sistema econômico que restrinja a concentração de poder, resguardando tanto a livre concorrência quanto a integridade das instituições democráticas. Nesse cenário, o judiciário desempenha um papel central, e o autor defende que a magistratura adote uma fundamentação jurídica consistente, perfilando uma abordagem pragmática e guiada por princípios da teoria econômica.

Para Eucken (1998), o sistema político frequentemente busca ajustar a ordem econômica às suas contingências, com perspectivas nem sempre alinhadas aos ideais de um mercado funcional. O autor exemplifica esse malogro na condescendência estatal com os cartéis no contexto do Império Alemão, no final do século XIX, num movimento que, contribuindo para a excessiva concentração de poder econômico, acabou prejudicando o equilíbrio do sistema político como um todo. Embora não trate especificamente da revisão judicial, o autor é claro ao advogar que todas as instituições democráticas devam operar de modo consistente com os princípios fundamentais da constituição econômica, resguardando a concorrência e prevenindo disfunções que ameacem a funcionalidade do mercado.

Por sua vez, Erhard (1958)²⁴⁶ sustenta que a prosperidade coletiva só pode ser alcançada por meio da livre concorrência, único mecanismo capaz de impulsionar a produtividade, estimular a inovação e assegurar uma distribuição equilibrada dos ganhos econômicos. A seu ver, uma economia de mercado sustentada pela liberdade e pela responsabilidade social seria mais eficaz e duradoura que tanto o dirigismo estatal excessivo quanto o *laissez-faire* desintegrador. Enraizado na filosofia ordoliberal, o autor é cético quanto à democracia de massas, por seus impulsos demagógicos, e identifica na generalização da concorrência o instrumento disciplinador central para promover o bem-estar comum, superar crises e fortalecer a governança tecnocrática.

Erhard (1958) critica as organizações e grupos de pressão que buscam entrincheirar privilégios específicos na legislação, alertando que essa corrida por benefícios concentrados às custas de prejuízos difusos pode reduzir o Estado a um jogo de interesses particulares. Embora não aborde detidamente a revisão judicial, o autor endossa a importância de uma burocracia ativa e profissional, razoavelmente insulada

²⁴⁶ Ludwig Erhard (1897—1977) foi um economista e político alemão, amplamente reconhecido como um dos principais arquitetos da “economia social de mercado” da Alemanha Ocidental do pós-Guerra. Como Ministro da Economia e, posteriormente, Chanceler Federal, Erhard foi fundamental na formulação e implementação de políticas econômicas que promoveram a Reconstrução e propiciaram um vertiginoso ciclo de crescimento da economia alemã (Dyson, 2021).

das pressões setoriais e dos impulsos irracionais das massas. Em sua visão, esse aparelho burocrático deve atuar como um árbitro neutro e técnico, protegendo o equilíbrio institucional e assegurando que nenhuma força política, qualquer que seja o seu grau enraizamento popular, tenha o poder de limitar as liberdades de mercado, tidas como essenciais para o progresso.

Para Erhard (1958), a ordem econômica alicerça a democracia política. Dessa forma, a “constituição econômica” deve consagrar a livre iniciativa como diretiva fundamental, assegurando a igualdade no mercado por meio da onipresente disciplina concorrencial. Tal ambição reclama mecanismos institucionais robustos para resguardar a competição, policiar abusos e garantir que os órgãos estatais exerçam sua função regulatória com imparcialidade e profissionalismo. A intervenção estatal deve, no entanto, ser sempre subsidiária, tendo lugar apenas para prevenir distorções e para preservar o equilíbrio entre liberdade e responsabilidade, moldando um ambiente propício ao crescimento sustentável.

Como se observa, o pensamento ordoliberal mostrou-se particularmente cauteloso diante de princípios que, outrora pacíficos nas democracias de perfil elitista, passaram, no pós-guerra, a ser percebidos como potenciais ameaças, dentre os quais a soberania parlamentar e a discricionariedade do sistema político. Sob tal ótica, a ausência de freios institucionais rigorosos permitiria que a política de massas comprometesse a estabilidade dos mercados, produzindo efeitos desagregadores sobre a “sociedade livre”. Embora justificada pelos horrores do nazismo, essa desconfiança não emergiu em um vácuo histórico, mas no contexto da consolidação da democracia de massas, intensificada pela universalização do sufrágio.

Como resposta a esses “riscos”, o ordoliberalismo articulou um resgate elitista sob nova roupagem, baseado na transferência de parcelas substanciais de autoridade do sistema político para uma arquitetura institucional de caráter tecnocrático. Essa estratégia materializou-se na criação de um arcabouço jurídico sofisticado, destinado a conter os supostos “excessos da maioria” e intimamente vinculado à gramática de conformidade imposta pela chamada “constituição econômica”.

Dessa forma, à “irracionalidade” dos pendores redistributivos das massas, o ordoliberalismo contrapôs as “luzes” de uma meticulosa democracia constitucional, densamente bloqueada por múltiplos e renovados contrapesos tecnocráticos, dos quais o controle de constitucionalidade é apenas uma de suas expressões mais engenhosas. Por

sua “neutralidade”, esses arranjos seriam capazes de franquear uma governança racional e estável, em favor dos mercados, blindando-os das oscilações políticas de curto prazo.

Diante dessa genética elitista, cabe interrogar se a crescente rejeição popular ao Estado Neoliberal, na atual crise global da democracia constitucional, visa efetivamente suprimir a participação política das massas — cada vez mais engajadas no processo político —, numa rejeição em bloco à intervenção estatal como gênero. Essa interpretação algo corriqueira parece colidir com o crescente apelo por governos autárquicos e paternalistas, que desbloqueiem as amarras do poder político, num contexto marcado pela radicalização do programa neoliberal e pelo notório declínio do bem-estar. Na ausência de discursos universalistas fortes, abre-se o flanco para líderes fortes.

Eventos sísmicos como as Jornadas de Junho de 2013, no Brasil, e o movimento *Occupy Wall Street*, nos Estados Unidos, não podem ser interpretados sob o registro simplista de um “impulso totalitário”. Ao contrário, inserem-se no campo legítimo das demandas por maior participação política e ampliação de direitos sociais efetivos. A subsequente escalada autoritária observada em ambos os países não foi uma consequência inevitável desses protestos, mas antes o resultado contingente da incapacidade dos sistemas políticos de se renovar e de responder, de modo satisfatório, às reivindicações emergentes.

Ao analisar o horizonte promissor inaugurado pelo *New Deal* nos EUA, Polanyi (2021) ecoou uma lição fundamental: direitos sociais e democracia não são forças mutuamente excludentes. A economia constitui apenas uma das dimensões contidas no domínio do social — e não o contrário. Assim, quando as demandas por bem-estar e pela contenção dos excessos do *laissez-faire* são endereçadas por compromissos políticos, como no programa keynesiano, a tensão dialética entre liberdade e igualdade pode produzir equilíbrios de alto nível, sem descambar para derivas totalitárias.

Polanyi (2021) foi igualmente preciso ao refletir sobre a tragédia ítalo-alemã. Quando as transformações sociais requeridas, no contexto de um amplo reequilíbrio de forças, são sistematicamente bloqueadas, o resultado dificilmente surpreende: o ajuste reprimido tende a encontrar, em choques de corte fascista, sua válvula de escape derradeira, dissolvendo as bases da convivência democrática e ameaçando a própria sociedade. Sua lição é luminar: a História não se move por inevitabilidades, mas pelo jogo das possibilidades. Parece, contudo, que a racionalidade neoliberal continuará sua marcha da insensatez enquanto não encontrar freios eficazes nos melhores potenciais da política democrática.

3.2 O papel das cortes no pensamento neoliberal austro-americano

O empoderamento judicial, quando analisado à luz do pensamento neoliberal em sua vertente austro-americana, revela uma tensão estrutural entre a retórica ideológica do “Estado mínimo” e a efetiva consolidação de um aparato tecnocrático robusto, voltado a garantir a continuidade de um regime seletivo e ambivalente de liberdades.

No proselitismo neoliberal, a retirada do Estado de suas funções sociais, adquiridas ao longo do século XX, é celebrada como condição necessária para a preservação da “sociedade livre”, que seria constantemente ameaçada pelas tentações coletivistas e pela expansão da democracia de massas. Contudo, essa narrativa de recuo estatal encobre um movimento inverso: o fortalecimento de instituições não-eleitas — como bancos centrais, cortes constitucionais, agências semiautônomas e organismos internacionais —, investidas da tarefa de preservar a ordem concorrencial e impor a disciplina fiscal que o próprio consenso neoliberal considera indispensável à liberdade (Dardot e Laval, 2016; Biebricher, 2018).

Ao combinar a economia de mercado com formas autoritárias de governança, o neoliberalismo revela-se não apenas como uma doutrina econômica, mas como uma racionalidade política fundada na despolitização da vida social e na transferência do poder decisório a instâncias tecnocráticas. Longe de estar em declínio, essa racionalidade demonstra uma notável capacidade de adaptação, reconfigurando-se a cada crise e incorporando traços autoritários inovadores e engenhosos em novas modalidades de governo pós-democrático (Dardot e Laval, 2016; Biebricher, 2018).

Assim, a vertente austro-americana do neoliberalismo expõe um paradoxo constitutivo: ao mesmo tempo em que proclama a limitação do poder estatal, promove o empoderamento de aparatos tecnocráticos capazes de restringir a soberania popular e estabilizar, pela via jurídica e institucional, o frenesi de mercado. Essa contradição entre autolimitação democrática e fortalecimento tecnocrático constitui o eixo analítico central desta Seção.

A análise ora empreendida busca reconstituir essa tensão através do pensamento de três figuras canônicas da corrente austro-americana: Mises (1996)²⁴⁷, Hayek (2023)²⁴⁸ e Friedman (1975; 2016)²⁴⁹. Embora esses pensadores tenham se notabilizado por sua apologia enfática ao “Estado mínimo”, na defesa de um modelo econômico centrado nas virtudes “naturais” do mercado, seu discurso embute uma ironia indisfarçável: a sua aversão ao tãção do poder público é, na realidade, bastante seletiva.

A experiência histórica da governamentalidade neoliberal demonstra que essa fobia estatal retórica não corresponde a uma rejeição *tout court* do dirigismo governamental em todas as suas possibilidades. Ao contrário, o neoliberalismo frequentemente reapropria o aparato estatal como instrumento de imposição e salvaguarda da ordem concorrencial de mercado. Essa contradição manifesta-se de modo particularmente nítido no recurso ao autoritarismo instrumental, raramente recusado como “remédio” legítimo para a neutralização de “ameaças totalitárias”, no interior de um novo constitucionalismo cada vez mais flexível em suas crenças liberais.

Na verdade, tal discurso seletivo revela menos uma rejeição ao Estado em si do que uma aversão pulsante ao governo democrático de massas, especialmente àquele capaz de formular alternativas substantivas ao modelo vigente — ainda que sem romper, necessariamente, com a lógica capitalista²⁵⁰. A política neoliberal articula-se, assim, não apenas à promoção da concorrência generalizada, mas também à colonização silenciosa de instâncias estatais estratégicas, transformadas em dispositivos indispensáveis à perpetuação do seu reformismo antipopular e tecnocrático, que dificilmente se realizaria pela via eleitoral.

²⁴⁷ Ludwig von Mises (1881-1973) foi um influente economista e filósofo austríaco contemporâneo de Hans Kelsen, sendo considerado um dos fundadores da Escola Austríaca, que se notabilizou por seu esforço de reabilitação do discurso do *laissez-faire* no contexto contraintuitivo de seu colapso, no Entreguerras. Inaugurando as bases do pensamento neoliberal, o seu trabalho enfocou a defesa do radicalismo liberal, das liberdades individuais e da limitação do papel do Estado Social na economia (Schulak e Unterköfler, 2011).

²⁴⁸ Friedrich Hayek (1899-1992) foi um economista e filósofo político austríaco-britânico, discípulo de von Mises e uma das figuras centrais no desenvolvimento da Escola Austríaca e da doutrina neoliberal. Sua extensa produção acadêmica abordou temas como a ordem espontânea dos mercados, a crítica ao socialismo e os perigos do totalitarismo, tendo sido condecorado, em 1974, com o Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel (popularmente conhecido como o “Nobel de economia”, embora não componha as categorias originais dessa láurea) (Schulak e Unterköfler, 2011).

²⁴⁹ Milton Friedman (1912-2006) foi um economista norte-americano e um dos principais defensores da doutrina neoliberal, como fundador da influente Escola de Chicago. Principal defensor da disciplina monetarista, Friedman apontava, no controle da oferta de moeda, a chave para controlar a inflação e assegurar a estabilidade econômica. Como Hayek, foi condecorado com o mesmo Prêmio Sveriges Riksbank de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, em 1976 (Schulak e Unterköfler, 2011).

²⁵⁰ A alternativa keynesiana, para ficar em um notório exemplo, longe de implicar qualquer ruptura com o modelo capitalista, ilustrou uma alternativa concreta de conciliação de alto nível entre os valores da igualdade e da liberdade.

Para principiar, Mises (1996) descreve a economia de mercado como o resultado intrincado de um conjunto de ações, escolhas e preferências individuais que se articulam em uma totalidade dinâmica e autodirigida. Em sua grade interpretativa, os comportamentos humanos são essencialmente egoísticos, intencionais e impelidos por objetivos particularistas. Refletindo sobre a crise do *laissez-faire*, o autor argumenta que a transição da teoria clássica do valor, fundada na escassez dos fatores de produção, para uma teoria subjetiva do valor, baseada nas escolhas individuais sinalizadas livremente pelo sistema de preços, expandiu sensivelmente o escopo da economia.

Segundo Mises (1996), essa ruptura, desbordando o objeto limitado das transações de mercado, converteu a economia numa ciência universal das escolhas humanas. E, nessa trilha, ambicionando inaugurar uma nova ciência humana “total”, a sua “praxeologia” buscou suplementar o campo próprio da economia, integrando-o aos múltiplos aspectos da tomada de decisão, inclusive para incorporar a política e suas instituições.

No que tange à democracia liberal, Mises (1996) é claro em condenar a sua degeneração em “ditadura da maioria”. A seu visio, as decisões da maioria são tão suscetíveis a erros e arbitrariedades quanto as de uma minoria autoritária, não possuindo, assim, qualquer superioridade inerente, baseada em seu valor de face. Um sistema em que a maioria se arvora soberana será permanentemente sombreado pelo risco de opressão às minorias insulares, negando-lhes os mesmos direitos democráticos que, antes, permitiram a ascensão da maioria de momento ao centro do poder.

Para Mises (1996), a superioridade da democracia é instrumental e se resume à capacidade de promover transições pacíficas de poder por meio do sufrágio, prevenindo revoluções e conflitos civis, sem, com isso, oferecer ilusões de um paraíso na Terra. Sua principal virtude é, portanto, a criação de um ambiente estável e pacífico, fundamental para o livre fluxo de mercadorias e serviços. Assim, as conquistas democráticas, longe de serem garantias automáticas de prosperidade ou de harmonia social, representam meras potencialidades, cuja realização depende fundamentalmente do esforço individual e de uma considerável dose de contingência.

Examinando a regularidade dos eventos econômicos e sociais, Mises (1996) eleva a lógica de mercado à posição de um verdadeiro “universal”, que, dessa posição, reclama a correta compreensão de suas leis e interdependências para uma direção eficiente da ação estatal. Para o autor, cabe à democracia decifrar e incorporar essas regras implícitas, elevando-as à condição de um direito pré-positivo e hierarquicamente superior à legislação ordinária. O reconhecimento e a positivação dessas normas teriam, contudo,

apenas a função de declarar e certificar uma ordem prévia, cuja subversão ameaçaria a própria coesão social.

Nesse particular, refletindo especificamente sobre o discurso jurídico, Mises (1996) critica as metanarrativas que inscrevem as funções governamentais num horizonte de valores teleguiados por um ideal transcendente de justiça. A seu ver, a validade da coerção governamental deve ser aferida por sua eficiência na preservação da ordem social, e não pela métrica de ideais aspiracionais intangíveis. Seu conceito de justiça, ao que se vê, se acha profundamente vinculado ao contexto econômico, estreitando mesmo os horizontes do utilitarismo clássico.

Ao considerar as mudanças no quadro legal a cargo da legislatura, a jurisdição deve focar a compatibilidade das novas regras com essa estrutura econômica anterior. Cabe ao sistema de justiça idealizado por Mises (1996) interpretar e aplicar as leis aos litígios, sem criá-las *ex nihilo* e negando vigência, ademais, àquelas que se mostrem incompatíveis com os fundamentos da estrutura econômica da sociedade. O papel das leis e das cortes é, portanto, garantir o funcionamento eficiente do mercado, promovendo a integração social.

Hayek (2023), por seu turno, associa o desencanto contemporâneo com a democracia ao “poder ilimitado” das legislaturas, que teria produzido resultados sociais insatisfatórios e avançado desmesuradamente sobre as liberdades individuais. O autor condena veementemente a compreensão da democracia enquanto “governo da maioria”, reeditando a doxa da ameaça tirânica das massas e condenando o favorecimento inercial, em detrimento do “interesse público”²⁵¹, de grupos organizados na definição das políticas

²⁵¹ Hayek (2023) perfila um claro sentido imanentista ao se referir ao “interesse público” como um conteúdo fixo e universal, a ser meramente revelado por uma discursividade transcendental. Essa visão — bastante frequente no pensamento das elites jurídicas e econômicas —, ao absolutizar o que, na verdade, é objeto de permanente disputa e construção coletiva, está na raiz de um sem número de equívocos antidemocráticos. Afinal, a quem cabe nomear o “interesse público” numa democracia? Em multicitado trabalho empírico sobre a distribuição de poder no condado de New Haven, em Connecticut, na década de 1960, Dahl (2005) comenta os riscos dessa abordagem normativa. Ao adentrar esse campo minado, o autor rejeita teorias simplistas que se concentram exclusivamente na concentração ou na dispersão do poder, propondo uma interpretação genuinamente pluralista do problema. Para Dahl (2005), o “interesse público” não é uma entidade estática ou dada a priori, mas um constructo dinâmico, fruto de complexas interações, negociações e conflitos entre os diversos grupos e atores que compõem uma sociedade pluralista, cujo sentido é continuamente moldado por uma dinâmica que combina competição e cooperação entre elites, cidadãos e instituições. Essa construção naturalmente espelha assimetrias na distribuição de poder, de modo que as vozes e as demandas prevaleçam segundo os recursos mobilizados, a capacidade de organização e o acesso às arenas decisórias. Em todo caso, numa democracia, ninguém detém o monopólio de nomear o “bem comum”, que é moldado por interações deliberativas e por disputas permanentes de poder. Assim, embora atravessado por desigualdades, o jogo democrático não premia a inércia, recompensando os que conseguem se articular politicamente de forma mais eficaz. Portanto, a disputa entre grupos organizados é um componente absolutamente esperado do funcionamento regular da democracia, sendo possível que o

públicas. O remédio prescrito para neutralizar esse impulso do governo de massas é novamente o receituário da democracia constitucional, rigidamente patrulhada por instituições não-eleitas e por normas de governança que resguardecem as liberdades negativas e previnam o despotismo das maiorias circunstanciais.

Hayek (2023) especula sobre uma suposta perda das “funções originais” do parlamento, argumentando que as instituições representativas teriam sido moldadas mais pelas conveniências do governo do que propriamente por sua alegada vocação fundacional. Na deliberação parlamentar, a maior ameaça viria não do egoísmo individual — vista como natural pelo autor —, mas do poder dos grupos organizados. O pecado da democracia contemporânea estaria na promoção de “trocas de favores” entre políticos e grupos de pressão, com a soberania parlamentar produzindo decisões arbitrárias, desconectadas do “interesse público” e dos “princípios de justiça”²⁵².

Hayek (2023) ainda alerta para os perigos da “legislação partidária”, que corroeria os fundamentos da democracia ao abandonar os *standards* do Estado de Direito em socorro de decisões “arbitrárias”, que agasalham apenas interesses particularistas. Como resposta, propõe a adoção de uma democracia constitucional que imponha limites rigorosos às ações do governo e da legislatura²⁵³, buscando assegurar decisões mais “equilibradas” e mitigar o impacto das pressões facciosas.

verdadeiro incômodo de Hayek (2023) seja outro, mas associado à amplitude potencialmente “excessiva” e ampla dessa avenida.

²⁵² Vê-se aqui, mais uma vez, o traço essencialista característico do discurso hayekiano. Num contraponto teórico, Rawls (2000) vê os princípios de justiça como frutos de uma construção prática, e não de um conteúdo transcendente e fixo. Seu significado é definido no contexto contratualista da “posição original”, um quadro hipotético em que os indivíduos selecionam, de forma racional e imparcial, os princípios que regerão a sociedade, sob o “véu da ignorância”, sem qualquer conhecimento prévio da posição social, das habilidades naturais ou das condições específicas que terão na futura estrutura social. Os participantes dessa “posição original” são autointeressados, preocupando-se, portanto, em proteger os próprios interesses, mas, dentro de certos limites equitativos. A incerteza do “véu de ignorância” os levaria, assim, a selecionar os princípios que beneficiem mais amplamente a sociedade, prevenindo que estes sejam manipulados *ex post*, por contingências arbitrárias e em socorro de interesses particularistas. A justiça como equidade teorizada por Rawls (2000) é presidida por dois vetores fundamentais: o primeiro reclama a máxima liberdade para o maior número de pessoas, cuja extensão será mediada pelo respeito às liberdades alheias; já o segundo tolera as desigualdades socioeconômicas, mas somente se estas, de alguma maneira, beneficiarem os menos favorecidos, por oportunizarem vantagens relativas que, apesar de tudo, não seriam alcançadas em um cenário alternativo. Assim, os princípios de justiça são ferramentais práticos e, sobretudo, políticos para organizar a sociedade, respeitando a pluralidade de concepções axiológicas sobre o “bem”, no seio de uma estrutura verdadeiramente democrática e pluralista.

²⁵³ Hayek vocalizou, em diversas entrevistas e manifestações públicas, a sua notória hostilidade à soberania popular, como rememora Chamayou (2020), chegando às vias de defender abertamente o regime de Pinochet, ao sustentar que uma ditadura seria preferível a uma democracia caso as suas políticas econômicas fossem orientadas a preservar ou a restaurar o livre mercado.

A complexa proposta de governança constitucional de Hayek biparte o poder legislativo em duas câmaras²⁵⁴ de natureza radicalmente distinta. De um lado, encontra-se a “assembleia governamental”, mais próxima da concepção clássica de parlamento, responsável por deliberar sobre as políticas contingentes e de curto prazo do governo. De outro, a “assembleia das normas gerais” — órgão de perfil nitidamente elitista e não-eleito, composto preferencialmente por juristas e notáveis, com mandatos longos e estabilidade institucional — encarrega-se da declaração das “normas fundamentais”, supostamente pré-existentes e, por isso, protegidas de qualquer ingerência governamental ou administrativa. Para além desse “legislador positivo”, cuja função se limitaria a “revelar” princípios normativos tidos como imanentes à ordem social burguesa, sem jamais ajustá-los ao contexto histórico, Hayek (2023) propõe, ainda, a criação de um Tribunal Constitucional robusto, investido da função de “legislador negativo”. Tal corte, composta igualmente por juristas não-eleitos, teria a prerrogativa de vetar leis “inconstitucionais” e de assegurar a supremacia das normas gerais sobre qualquer deliberação majoritária.

A engenharia institucional hayekiana é complexa e incomum, mas o seu objetivo é bastante simples: suprimir, da deliberação parlamentar, o domínio econômico, por meio de uma segunda câmara de “notáveis”, insulada das pressões governamentais, cuja função seria apenas reconhecer e declarar a “constituição econômica”. A esse legislador positivo não caberia propriamente “constituir” o direito, mas apenas “declará-lo”, na forma de regras escritas, em reforço à segurança jurídica. Caso tal instância falhasse em seu dever,

²⁵⁴ Para compreender o princípio que sustenta essa peculiar bipartição, é preciso aprofundar a concepção hayekiana sobre o direito. Hayek (2023), retomando a tradição grega clássica, distingue duas formas normativas: *nomos* e *thesis*. Para os gregos, o *nomos* designava as normas culturais, oriundas da tradição e dos costumes, amplamente aceitas pela comunidade por sua origem espontânea e não deliberada. Essas normas pré-políticas — que, por sua contingência histórica, não se confundem com o racionalismo jusnaturalista — são consideradas legítimas em virtude de sua estabilidade e previsibilidade, refletindo práticas socialmente compartilhadas e consolidadas ao longo de uma ancestralidade imemorial. Já a *thesis* corresponde ao direito positivo, ou seja, às normas impostas de modo deliberado por uma autoridade constituída, com propósitos conjunturais e instrumentais voltados à ação estatal. Hayek resgata essa distinção antiga, mas a reconfigura de acordo com sua própria gramática ideológica. Seu objetivo, em última instância, é subtrair o *nomos* — reinterpretado como o conjunto de normas que sustentam a ordem concorrencial de mercado — de qualquer esfera de deliberação democrática. Apenas aos especialistas e notáveis de sua “assembleia das normas gerais” caberia interpretar e declarar tais princípios fundamentais, jamais constituí-los, uma vez que sua validade repousa em sua anterioridade, generalidade e exterioridade em relação à vontade política. Sua eventual transformação dependeria apenas do lento processo histórico-evolutivo das práticas sociais. À “assembleia governamental” — isto é, ao parlamento propriamente dito, agora destituído de prerrogativas deliberativas substantivas — restaria apenas a função de editar a legislação administrativa e contingente (*thesis*), restrita à operacionalidade imediata dos governos. Em síntese, o sofisticado artifício terminológico de Hayek busca reiterar um mesmo propósito: insular a “constituição econômica” das pressões e interferências democráticas, convertendo o direito em um instrumento de blindagem da ordem de mercado contra o poder político popular.

o Tribunal Constitucional ainda seria capaz de bloquear seus equívocos, agindo como um “legislador negativo” — ou seja, uma autoridade que, embora não crie o direito, detém o poder de vetá-lo a pretexto de desconformidade constitucional.

A ideia central do modelo hayekiano parece tributária de uma noção ainda algo canônica de *judicial review*, que inicialmente rejeitava a ideia — àquela altura impensável²⁵⁵ — de um tribunal que, *motu proprio*, ditasse as normas e formulasse políticas públicas. Sua governança constitucional jamais chegou a ser implementada, ao menos em seus termos originais, por qualquer democracia mundo afora. Não seria inusitado, contudo, assumir que os atuais tribunais constitucionais se investiram do papel preconizado por Hayek (2023) para a “assembleia de normas gerais”, como uma espécie de “segunda câmara”²⁵⁶ de notáveis, encastelados contra as injunções mundanas da política.

Hayek (2023) esboça uma concepção claramente evolucionista dos direitos, recorrendo ao discurso — já controverso à época — de conservadores como Herbert Spencer, que enxergava no mercado um mecanismo de “seleção natural” dos “mais aptos”, em uma malsinada e inadvertida transposição das teorizações darwinistas, formuladas para o campo próprio das ciências naturais. Essa visão evolucionista — ainda que encoberta por uma rotulagem atualizada, mais sutil e cosmopolita —, segue permeando mesmo o discurso “progressista” dos direitos, especialmente em sua dimensão multiculturalista, que frequentemente codifica modos de organização não-ocidentalizados como manifestações de desconformidade ou anacronismo moral²⁵⁷.

²⁵⁵ Os três volumes de Direito, Legislação e Liberdade foram escritos e publicados por Hayek ao longo dos anos 1970, período em que o empoderamento judicial, em sua feição contemporânea, já era um fenômeno consolidado nos EUA, mas ainda engatinhava para além de suas fronteiras.

²⁵⁶ Ou “terceira câmara”, nos países que, como o Brasil, já adotam um parlamento bicameral, segmentado entre uma câmara baixa e uma câmara alta.

²⁵⁷ Apenas para ficar em um exemplo, no caso *Dahlab v. Suíça* (2001), a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou legítima a proibição do uso do véu islâmico por uma professora da rede pública suíça. A medida foi reputada proporcional para resguardar a neutralidade religiosa do Estado e evitar influências indevidas sobre as crianças, em linha com o princípio da laicidade. Em duas novas oportunidades, nos casos *Dogru v. França* e *Kervanci v. França* (2008), a mesma Corte de Estrasburgo reputou legítima a expulsão de estudantes de escolas públicas francesas que se recusaram a remover o *hijab* durante as aulas de educação física, sob o mesmo pretexto de laicidade no ambiente escolar. Apesar disso, no caso *Lautsi v. Itália*, o Tribunal decidiu, em 2011, que a presença de crucifixos nas escolas públicas italianas não violaria a liberdade de religião nem a neutralidade estatal, por serem considerados não apenas símbolos religiosos estritos, mas também manifestações culturais tradicionais do povo europeu. Por fim, no caso *S.A.S. v. France* (2014), a Corte validou uma controversa lei francesa que proibiu o uso da burca e assemelhados em quaisquer locais públicos, a pretexto de segurança pública e de integração cultural. A Corte considerou que tal restrição não violaria a Convenção Europeia de Direitos Humanos, enquadrando-a como uma medida proporcional para resguardar a convivência e a interação social francesa. Esses julgamentos revelam um duplo padrão indefensável, de raízes indisfarçavelmente etnocêntricas, que endossa o uso de símbolos religiosos em espaços públicos, forçosamente compartilhados por indivíduos de variadas fês, ao mesmo

A defesa de um modelo engessado de “democracia constitucional”, fortemente presente no pensamento de Mises (1996) e de Hayek (2023), também é central no pensamento de Friedman (2016), para quem as liberdades individuais devem ser invariavelmente resguardadas das contingências voluntaristas das maiorias. Para o autor, o sistema de livre mercado é mais eficaz que a política para proteger as liberdades, ao viabilizar e acomodar uma ampla possibilidade de escolhas individuais. A ação política, em contrapartida, por sua natureza cogente e exigência de conformidade substancial, embute, em si, um risco intrínseco à liberdade e à sua diversidade de configurações.

Exponente ideológico da racionalidade neoliberal, Milton Friedman (2016) defendeu a necessidade de um governo forte, porém funcionalmente limitado, cuja atuação deveria restringir-se à garantia do império da lei, à proteção das regras que sustentam a economia de mercado e à manutenção da segurança pública e da defesa nacional. Em todas as demais esferas da vida social, o mercado, guiado pela liberdade concorrencial e por um eficiente sistema de preços como mecanismo de sinalização de preferências, seria o instrumento mais apto a promover a liberdade e conter o despotismo.

Friedman (1975) aponta na substituição do “governo dos homens” pelo “governo das leis” uma das mais notáveis conquistas da civilização ocidental. Esse princípio, consagrado no paradigma do Estado de Direito, garantiria que as restrições impostas aos indivíduos sejam aplicadas de forma equitativa, por um judiciário independente. Para o autor, no entanto, a intensificação da intervenção governamental em questões sociais e econômicas, ao afastar-se desse paradigma liberal, tenderia a desencadear um processo gradual de reversão dessa conquista civilizatória, produzindo uma progressiva erosão das liberdades.

Ao abordar a representação parlamentar, Friedman (2016) reconhece a sua importância como pilar da democracia, mas adverte sobre os riscos inerentes à excessiva autonomização do poder político, dada a sua alegada tendência inerente de solapar as liberdades. Para mitigar tais “riscos”, o autor defende que legislatura seja rigidamente policiada por contrapesos que resguardecem os direitos negativos, afastando-os da esfera de deliberação majoritária. Impende ressaltar que o autor concebe a liberdade essencialmente como uma gramática pró-mercado, formulando uma crítica incisiva aos direitos econômicos e sociais. Em sua visão, o poder de fazer o “bem” carrega

tempo em que, paradoxalmente, os rechaça no espaço privado do corpo, que é privado de expressar um registro cultural fundamental de sua individualidade (Zucca e Ungureanu, 2012).

inevitavelmente o potencial de fazer o “mal”, e a concentração de autoridade em instâncias eleitas facilmente resvalaria em abusos²⁵⁸.

Para justificar o seu tipo ideal de democracia engessada, Friedman (2016) recorre ao fantasma surrado da “tirania da maioria”. Fiel ao culto excepcionalista, o autor exalta a Constituição dos EUA como um modelo exemplar de governança, por sua capacidade de mitigar ameaças coletivistas, especialmente ao estabelecer salvaguardas contra as ações majoritárias que possam comprometer as liberdades fundamentais. Em sua visão, a preservação da liberdade reclama a difusão do poder político e a implementação de um sistema de controle e equilíbrio que limite a capacidade de coerção de qualquer entidade — seja um monarca ou uma maioria eleitoral momentânea. Ao exaltar o modelo de *checks and balances*, o autor não faz qualquer esforço para teorizar sobre possíveis “contrapesos”²⁵⁹ aos “freios” judiciais, que, por uma questão de coerência, deveriam estar igualmente subordinados à lógica limitadora defendida para os demais Poderes.

A despeito de sua desconfiança quanto ao Estado, Friedman (2016) realça o papel do judiciário como uma instituição essencial para sustentar uma sociedade livre. Seu modelo idealiza uma magistratura comprometida com (a) a manutenção da lei e da ordem, (b) a resolução de disputas sobre propriedade e contratos, e (c) a interpretação e a aplicação das regras constitucionais, de modo a fortalecer a economia política de

²⁵⁸ Como explicar o florescimento dos valores burgueses e do capitalismo industrial precisamente no contexto de uma democracia liberal fundada na soberania parlamentar, como ocorreu no caso britânico — onde sucessivas gerações de direitos civis, políticos, sociais e transindividuais se sucederam em uma espiral inclusiva e socialmente integradora, conforme descreve Marshall (1992)? É plausível supor que a tradição conservadora de respeito à propriedade, aliada à restrição inicial do sufrágio a um eleitorado limitado, tenha favorecido a consolidação de uma ordem política estável e funcional aos interesses do capital. De todo modo, a democracia constitucional baseada no *judicial review* certamente não constituiu a única via histórica para a formação de uma sociedade livre — sendo, até o início do século XX, um fenômeno tipicamente norte-americano, e não um modelo universal de organização política. Ainda assim, no pós-Segunda Guerra, esse paradigma tornou-se não apenas hegemônico, mas um pressuposto normativo do próprio conceito contemporâneo de democracia.

²⁵⁹ Sobre a lacuna de contrapesos efetivos à autoridade judiciária, o presidente Thomas Jefferson — arquiteto da Independência Americana e alvo, ao ascender à presidência da República, de um franco emparelhamento do judiciário por artimanhas da oposição federalista —, em carta ao juiz Spencer Roane de 1819, quando já havia deixado a presidência, ressentiu-se do poder excessivo do judiciário americano e, em particular, da atuação do presidente da Suprema Corte — e seu notório opositor — John Marshall. Jefferson se queixou diretamente do oportunismo interpretativo dos juízes: “a Constituição, nessa hipótese, é uma coisa de cera qualquer nas mãos do judiciário, que pode torcer e moldá-la em qualquer forma que deseje”. Jefferson também condenou a submissão dos demais juízes do Tribunal à liderança unificadora de Marshall. Essa uniformidade corporativa, a seu ver, constituía uma aristocracia insular, incompatível com a separação de poderes. Sobre o *impeachment* de juízes — o único mecanismo de contrapeso aos excessos judiciais previsto expressamente na Constituição de 1787 —, Jefferson apontou, com ceticismo, a sua ineficácia prática: “a experiência já mostrou que o *impeachment* que a Constituição prevê não é sequer um espantalho”. A seu ver, a inação do Senado, fragmentado pelas polaridades facciosas, acabava contribuindo para a consolidação do poder de Marshall, já que os juízes, por outro lado, se coesionavam em torno da defesa de sua autoridade. Tal configuração, a seu ver, contribuiria para um indesejável e imprevisível desequilíbrio no arranjo dos poderes (Jefferson, 1819, em tradução livre de trechos da carta).

mercado. Nesse sentido, o autor compara a função do judiciário à de um árbitro em um jogo: trata-se de uma instância indispensável para fiscalizar o cumprimento das regras e para fazer justiça aos *players*, sem, no entanto, interferir diretamente em suas escolhas — desde que, claro, se achem a priori confinadas aos limites próprios do quadro normativo do mercado.

Como se vê, a análise do pensamento institucional de Mises (1996), Hayek (2023) e Friedman (1975 e 2016) revela uma convergência significativa em sua profunda desconfiança quanto à democracia de massas. Os autores argumentam em uníssono que, sem controles rigorosos, esse regime tenderia a se degenerar numa “tirania da maioria”. E, para proteger as liberdades econômicas, defendem um modelo de democracia constitucional amplamente tutelada, em que a legislatura e o governo sejam rigidamente policiados por instituições tecnocráticas que atuem como guardiãs, em última instância, da ordem de mercado, insulando-a da esfera de deliberação política. Aqui, o conceito de “minoría” assume uma roupagem muito particular, como sinônimo de indivíduos ou de corporações.

Esse arranjo desborda a doutrina clássica do *checks and balances*, baseada em controles mútuos, seja por borrar a separação de poderes, seja por negligenciar quase totalmente a teorização dos necessários freios também para as instituições não-eleitas. Tal desequilíbrio embute, na verdade, uma visão elitista e marcada por certa paranoia, que fareja autoritarismo em qualquer manifestação política que venha das camadas populares, na medida em que negligencia os riscos sensíveis de concentração de poder no bojo de instâncias tecnocráticas ou mesmo de corporações multinacionais.

Na fobia neoliberal, o judiciário, a despeito de sua natureza estatal, é supervalorizado como uma instância supostamente neutra e independente, capaz de conter arroubos populistas que possam eventualmente desviar a sociedade da ortodoxia econômica. Esse modelo tutelar reforça o já mencionado paradoxo da racionalidade neoliberal, que, enquanto celebra a limitação do poder estatal e a superioridade da democracia constitucional, depende, ainda que de forma velada, do fortalecimento estratégico de instituições não-eleitas para garantir a continuidade do seu projeto pós-democrático.

3.3 Neoliberalismo e neoconstitucionalismo: uma proximidade incômoda

O neoconstitucionalismo, cujo advento se deu no contexto geralmente associado às décadas de 1970 e 1980, demarca uma ruptura relevante na tradição de positivismo jurídico até então hegemônica, propondo um modelo de “democracia constitucional” em que os valores morais e os direitos fundamentais passam a ocupar o centro do ordenamento jurídico. Este movimento nasce em resposta à alegada necessidade de suplementar o direito com valores éticos, num esforço de superação dos anacronismos e da rigidez jurídico-formalista. Tal abordagem destaca-se, ainda, pela centralidade da técnica de ponderação judicial como ferramenta de resolução de conflitos de massa e pela ênfase na interpretação das normas à luz de um quadro constitucional densamente valorativo, atravessado por uma textualidade aberta, expansiva e maleável (Sanchís, 2007).

Os impactos desse modelo para a democracia são ambivalentes. Por um lado, o neoconstitucionalismo apregoa fortalecer as liberdades fundamentais, legitimando a atuação proativa dos tribunais como “guardiões” desses valores, em conjunturas tanto de dirigismo quanto de inércia estatal: o judiciário se converte num ator decisivo na realização dos direitos, protagonizando abertamente o reformismo social. Por outro, a crescente politização das decisões judiciais e a ampliação do papel das cortes constitucionais instilam preocupações sobre a separação dos poderes, o *accountability* judicial e o risco de desequilíbrio na paisagem ampliada das instituições democráticas. Essa tensão inerente ao modelo vislumbra — a nada trivial — harmonização entre os princípios democráticos e a significação *top-down* dos “valores constitucionais” por uma elite esclarecida (Sanchís, 2007).

Assim, as principais marcas do neoconstitucionalismo residem na centralidade do discurso dos direitos fundamentais, na força normativa dos princípios e no declínio das técnicas hermenêuticas clássicas, em um contexto de expansão da jurisdição constitucional que desloca o eixo de poder das autoridades eleitas para os tribunais. Na prática, ao pretender solucionar conflitos morais e políticos altamente divisivos com base em uma interpretação aberta, finalística e valorativa de normas e princípios, esse modelo tende a liquefazer o direito, moldando-o de acordo com as flutuações e contingências da ordem global. Examinado com lupa, porém, nada lhe garante uma roupagem necessariamente “progressista” ou “conservadora” e, por sua normatização *ex post*, o neoconstitucionalismo, de fato, só carrega consigo uma certeza: a maximização da discricionariedade judicial, contratando riscos para a previsibilidade e para a legitimidade do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Alexy (2015) teve papel decisivo na legitimação do neoconstitucionalismo e na ampliação da jurisdição constitucional. Ao distinguir regras e princípios e formular a ponderação como método racional de decisão, o autor conferiu ao direito uma elasticidade inédita, permitindo que os tribunais adequassem a aplicação normativa às demandas mutáveis do tecido social pós-moderno. Seu edifício teórico serviu de alicerce para a atuação expansiva das cortes constitucionais na concretização dos direitos fundamentais, convertendo o protagonismo judicial em elemento estrutural do neoconstitucionalismo. No contexto brasileiro, sua influência foi particularmente influente, ao consolidar a centralidade político-institucional do Supremo Tribunal Federal e reconfigurar de modo duradouro as fronteiras entre jurisdição e deliberação democrática.

Segundo Alexy (2015), a definição dos direitos e princípios que vinculam a ação estatal é tema central das disputas e da filosofia política. Porém, essas questões “políticas” transformaram-se em problemas “jurídicos” na medida em que os poderes estatais passaram a estar diretamente vinculados às normas constitucionais e sujeitos ao seu controle de conformidade. O problema central passou, então, a residir na interpretação das normas positivadas de direitos fundamentais, uma vez que as disposições constitucionais, em geral, revestem elevado grau de abertura semântica, sendo formuladas por meio de expressões vagas, flexíveis e destituídas de conteúdo inequívoco, em razão do que se abrem a múltiplas possibilidades interpretativas.

Essa abertura interpretativa, combinada ao dissenso social e político, gera intensas controvérsias e a jurisprudência das cortes constitucionais, ao oferecer determinações provisórias sobre um campo semântico em permanente disputa, passou a ocupar posição central na concretização dos direitos fundamentais. Ainda assim, mesmo diante do acúmulo de precedentes, os debates persistem. A jurisprudência é, por natureza, ambivalente e permeável ao conflito, o que faz com que cada decisão reabra, em vez de encerrar, novas frentes de disputa normativa e política (Alexy, 2015).

Diante disso, Alexy (2015), ao propor uma “teoria jurídica geral”, de caráter precipuamente dogmático e fundada no direito positivo alemão²⁶⁰, entende caber à

²⁶⁰ Reconhecendo a pluralidade de enfoques possíveis sobre os direitos fundamentais — históricos, filosóficos, sociológicos, entre outros —, Alexy (2015) formula uma teoria jurídica geral voltada aos direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã. Embora mantenha diálogo com aportes da filosofia, da história e dos estudos comparativos, trata-se de uma construção essencialmente dogmática, centrada nos direitos fundamentais positivos em vigor naquele país. Em razão da influência global da Lei de Bonn no constitucionalismo do pós-Guerra, sua formulação teórica encontrou terreno fértil em diversas jurisdições,

“ciência jurídica” fornecer respostas racionalmente consistentes sobre os direitos fundamentais. Seu objetivo implícito parece ser, no entanto, reabilitar a dimensão valorativa²⁶¹ no campo jurídico, de modo que a positivação dos direitos fundamentais agencie uma progressiva permeabilidade — alegadamente manejável em bases racionais — do sistema jurídico ao sistema moral.

Alexy (2015) tem por ponto de partida o conceito de “norma jurídica”, entendida como o conteúdo deontológico de um enunciado jurídico, que não se resume, portanto, ao próprio texto legal. As normas de direitos fundamentais podem ser “estabelecidas”, quando derivam diretamente do texto legislado, ou “atribuídas”, quando, especialmente diante de disposições normativas excessivamente vagas, resultam da interpretação doutrinária e jurisprudencial. Assim, as normas de direitos fundamentais são todas aquelas que podem ser corretamente fundamentadas a partir da Constituição, tanto as previstas expressamente em seu texto quanto aquelas construídas pela prática interpretativa.

O elemento mais conhecido de sua “teoria geral”, no entanto, é a distinção entre regras e princípios. Essa diferenciação permite equacionar teoricamente as restrições a direitos fundamentais, as suas colisões normativas, os seus efeitos irradiadores nas relações entre particulares e os dilemas de separação dos poderes, além de fornecer “critérios racionais” para a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais. Sem essa delimitação teórica, o próprio Alexy (2015) reconhece que não seria possível desenvolver uma teoria consistente.

Antes disso, a tradição jurídica sempre reconheceu a diferença entre “regras” e “princípios”, geralmente como espécies do gênero “norma jurídica”, mas a delimitação

notadamente no Brasil, onde adaptações muitas vezes heterodoxas de suas premissas passaram a legitimar variadas formas de decisionismo judicial.

²⁶¹ Alexy (2015) procura se desviar dessa imputação ao estabelecer, ainda que com certo improviso conceitual, uma distinção entre “valores” e “princípios”, sustentando que sua “teoria geral” se concentraria apenas nestes últimos. O autor reconhece a estreita relação entre ambos, já que tanto princípios quanto valores admitirem realização gradual e podem entrar em colisão, exigindo sopesamento. Assim, enunciados sobre valores podem ser formulados em termos de princípios e vice-versa. Não obstante, a seu ver, subsistiria uma diferença conceitual relevante: os princípios se situam no âmbito “deontológico”, enlucando normas de otimização que indicam o que é “devido”; já os valores pertencem ao domínio “axiológico”, funcionando como critérios do que seria “bom” ou “desejável”. Alexy (2015) se apoia nessa distinção para afastar a crítica do elevado risco de subjetivismo, admitindo que o campo axiológico é inevitavelmente ambíguo e destituído de “objetividade científica”. Essa característica, em sua visão, conduziria à dependência de uma elevada intuição moral por parte de elites ilustradas, o que naturalmente pode legitimar arbitrariedades. Para o autor, contudo, apenas o discurso centrado em valores comprometeria a racionalidade do direito, funcionando como uma fórmula vazia capaz de justificar qualquer decisão e, por isso, acentuar a imprevisibilidade. Noutro giro, o mesmo não ocorreria em relação aos princípios, por seu caráter normativo mais consistente. Tal jogo de palavras, porém, não é capaz de dissipar a substância do risco.

conceitual desses termos é atravessada por terminologias vacilantes e ambivalentes. Nessa distinção, o critério mais recorrente é o da generalidade: os princípios seriam normas de maior amplitude e abstração, enquanto as regras teriam conteúdo mais específico e detalhado. Outros critérios frequentemente empregados incluem: (1) a clareza das hipóteses de incidência; (2) a forma de surgimento²⁶²; (3) a explicitude da carga axiológica²⁶³; (4) a vinculação a valores universais, trans-históricos e supremos do direito das gentes; (5) a relevância para a ordem jurídica²⁶⁴; ou, ainda, (6) a função de fundamentar regras ou de orientar a argumentação jurídica. Contudo, cada um desses critérios, tomado isoladamente, se mostraria insuficiente e produz relevantes confusões conceituais. Para Alexy (2015), a diferença entre regras e princípios não seria quantitativa, mas sobretudo qualitativa.

O critério decisivo consiste na compreensão dos princípios como “mandamentos de otimização”. Diferentemente das regras, os princípios não reclamam um cumprimento absoluto, mas, sim, algum grau de realização tendente à maior medida possível, consideradas as possibilidades fático-jurídicas subjacentes. Os princípios são normas que podem, portanto, ser satisfeitas em diferentes graus, e a sua aplicação depende não apenas das circunstâncias de fato, mas também da interação com os demais princípios e regras. Já as regras possuem caráter definitivo e binário: quando reputadas válidas, determinam exatamente o que deve ser feito, sem espaço para gradações (Alexy, 2015).

Essa postulação é central para a compreensão dos conflitos normativos. Como dito, o conflito entre regras ocorre quando duas normas conduzem a soluções inconciliáveis. Nesses casos, a saída exige que uma delas seja invalidada, derogada ou tenha a sua aplicação afastada em razão de uma exceção²⁶⁵, de modo que a regra aplicável se ajuste ao caso concreto pela técnica da subsunção (Alexy, 2015).

²⁶² As regras seriam normas legisladas ou positivadas — ou “estabelecidas”, na terminologia de Alexy (2015) —, ao passo que os princípios emanariam da cultura jurídica de forma mais abrangente e progressiva, como normas consuetudinárias que são “atribuídas” ao sistema jurídico no curso da prestação jurisdicional.

²⁶³ Ou seja, quanto mais valorativa for a norma, maior o seu caráter principiológico.

²⁶⁴ Os princípios, por sua condição de moldura abrangente da ordem jurídica, teriam primazia sobre as regras ou mesmo o exato oposto: por sua imprecisão, os princípios deveriam ceder à densidade concreta e previsível da regra.

²⁶⁵ Dois comandos contraditórios de regras não podem coexistir validamente no ordenamento jurídico. A solução passa, então, por dois caminhos possíveis. O primeiro consiste em introduzir cláusulas de exceção em uma das regras conflitantes, de modo a delimitar seu campo de aplicação e afastar a contradição. O segundo caminho é declarar a invalidade de uma das normas, retirando-a do sistema. Neste caso, inexistindo cláusula de exceção, aplicam-se os critérios clássicos de solução de antinomias aparentes: prevalece a regra posterior sobre a anterior (*lex posterior derogat priori*), a especial sobre a geral (*lex specialis derogat generali*) ou a hierarquicamente superior sobre a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Em todos esses cenários, os conflitos entre regras são resolvidos no plano da validade, o que significa que, ao final,

Já a colisão entre princípios seria solucionada de forma distinta: ambos permanecem válidos e, por meio da técnica da ponderação, define-se qual deles terá precedência no caso específico. A prevalência de um, portanto, não elimina o outro, que poderá assumir prioridade em situações futuras, conforme a importância relativa dos valores em jogo²⁶⁶. Há, pois, uma relação de precedência condicionada: em determinadas circunstâncias, um princípio se sobrepõe ao outro, mas essa relação pode se inverter em contextos distintos²⁶⁷. Diferentemente do que ocorre com as regras, não há invalidação, mas um equilíbrio eficaz dinâmico, que assegura a validade simultânea dos princípios colidentes (Alexy, 2015).

Segundo Alexy (2015), os princípios introduzem no sistema jurídico a flexibilidade²⁶⁸ requerida pela compatibilização dos direitos fundamentais com as múltiplas exigências da vida contemporânea. Essa abertura conferiria maior racionalidade prática ao direito, por, em teoria, esquivar-se tanto a rigidez absoluta das regras diante de circunstâncias crescentemente complexas quanto da arbitrariedade decisionista. Sua técnica de ponderação, embora não elimine a indeterminação, é concebida como um procedimento normativamente orientado.

apenas uma delas se aplicará, enquanto a outra perderá validade no caso concreto ou até mesmo em caráter definitivo (Alexy, 2015).

²⁶⁶ Quando dois princípios colidem, nenhum deles perde sua validade; ambos continuam a integrar o ordenamento, mas sua aplicação concreta depende de um processo de ponderação. Nesse processo, o intérprete avaliará qual princípio tem maior peso ou relevância diante das circunstâncias específicas do caso, de modo que as colisões entre princípios não se resolvam no plano da validade, mas no plano eficaz. O resultado da ponderação é sempre a formulação de uma norma concreta de decisão, chamada de “norma de direito fundamental atribuída”, que assume a forma de uma regra *in casu*. Essa norma derivada possui a clareza e a definitividade típicas das regras, permitindo a subsunção ao caso concreto, mas a sua origem é “atribuída” pelo sopesamento entre princípios (Alexy, 2015).

²⁶⁷ Alexy (2015) ilustra esse condicionamento dinâmico no famoso caso Lebach, julgado em 1973 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Na ocasião, discutia-se a transmissão televisiva de um documentário sobre um crime cometido há bastante tempo, quando o condenado já se achava em processo de ressocialização. A colisão se deu entre o princípio da liberdade de informação e o princípio da proteção da dignidade do indivíduo, no hoje chamado “direito ao esquecimento”. O Tribunal decidiu que, em notícias atuais sobre crimes, a liberdade de informar deveria prevalecer, dada a sua relevância social. Contudo, no caso da repetição de reportagens demasiado antigas, cujo efeito indesejado seria dificultar a reintegração social do condenado, a proteção da personalidade deveria ter precedência. Assim, um mesmo par de princípios (liberdade de expressão v. privacidade) foi aplicado de forma distinta conforme o contexto, sem sacrifício de sua validade.

²⁶⁸ A propósito, argumenta-se, nesta tese, que a flexibilidade jurídico-normativa promovida pelo neoconstitucionalismo se articula de modo estreito com uma exigência estrutural da racionalidade neoliberal: a adaptabilidade do ordenamento jurídico e o consequente enfraquecimento da função legislativa em um contexto de sufrágio universal. Esse arranjo busca viabilizar a maximização da livre circulação do capital financeiro em um cenário global e excessivamente contingente, marcado tanto pela onipresença do dispositivo concorrencial em todas as esferas da vida social quanto pelos esforços de neutralização das reações políticas organizadas diante da erosão do bem-estar social e da desagregação das múltiplas solidariedades culturais.

A racionalidade desse modelo assenta-se no dever de fundamentação, que deve articular argumentos jurídicos, empíricos e práticos em favor da solução adotada. Nesse contexto, destaca-se a chamada “lei do sopesamento”, segundo a qual quanto maior a restrição imposta a um princípio, maior deverá ser o peso concreto do princípio contraposto que a justifique. Ainda que Alexy (2015) reconheça inexistir uma métrica objetiva para mensurar tais pesos, a exigência de explicitação e justificação dos fatores relevantes garantiria a necessária consistência, transparência e controle crítico das decisões²⁶⁹.

Se Alexy (2015) fornece a gramática da ponderação, no Brasil juristas como Barroso (2015) traduzem essa gramática em programa institucional. Um dos grandes expoentes do neoconstitucionalismo brasileiro e ex-ministro do STF, Barroso (2015), ao sumariar as ambições desse novo discurso, embora não inove substancialmente em relação ao quadro teórico já delineado, revela a falta de modéstia da chamada “nova jurisdição constitucional”. Em sua análise sobre o papel do STF no contexto pós-redemocratização, o autor sustenta que as cortes constitucionais passaram a exercer, para além da “função contramajoritária”, também uma audaciosa “função iluminista”, emprestando as “luzes” do direito — ou dos próprios juízes — à sociedade, ainda que a contragosto.

Para sustentar seu ponto, Barroso (2015) aponta uma ruptura cultural no judiciário nacional, que teria mudado da água para o vinho, como que por um milagre da Constituição de 1988, afastando-se de sua tradição burocrática e conservadora para se tornar um bastião do reformismo progressista. Em sua visão evidentemente laudatória, a Constituição intimou os tribunais a sobrevalorizarem os princípios constitucionais, afrouxando as mordaças do quadro jurídico-positivo, numa abordagem que necessariamente convoca a proatividade judicial. O autor, entretanto, não tece maiores esclarecimentos, para além de mudanças pontuais no quadro das regras formais, que pudessem eventualmente iluminar as causas de um fenômeno político de tamanha envergadura.

²⁶⁹ Para Alexy (2015), a ponderação estabelece uma relação de precedência condicionada entre princípios, na qual, em cada caso concreto, um pode prevalecer sobre o outro, desde que essa escolha seja racionalmente justificada pela verificação de que a medida é indispensável (necessidade), adequada para atingir o fim pretendido (adequação) e proporcional quanto ao equilíbrio entre os custos impostos e os benefícios obtidos (proporcionalidade em sentido estrito).

Segundo Barroso (2015), diante da eventual letargia do sistema político, o neoconstitucionalismo deve “empurrar a História”²⁷⁰, indo além da mera aplicação mecânica da lei, a reboque da ponderação de valores. Seu modelo de democracia constitucional, longe de prestigiar a centralidade do voto pela via ampla e conflitiva da representação política, enfatiza precipuamente a deliberação racional das cortes na defesa e na construção dos direitos. Na visão do autor, o STF consubstanciaria precisamente uma “razão sem voto”, particularmente relevante em momentos de inércia legislativa. Na “não decisão” — uma decisão política em si dos poderes constituídos²⁷¹ —, o judiciário frequentemente vê o pretexto ideal para perpetrar a usurpação²⁷².

²⁷⁰ A despeito dessa defesa efusiva do ativismo judicial, não há garantias de que, ao ser “empurrada”, a “História” não possa tropeçar ou mesmo rolar desfiladeiro abaixo. Para ficar em alguns exemplos emblemáticos, o STF vetou a adoção de uma cláusula de barreira para o funcionamento parlamentar, numa decisão com profundos impactos sobre a qualidade da democracia brasileira. Esse veto contribuiu para escalar a já elevada fragmentação do sistema partidário do país, desestabilizando o até então funcional presidencialismo de coalizão. Além disso, o Tribunal derrubou uma regra legal que impedia o juiz de atuar em processos em que a parte fosse cliente de escritório de advocacia do seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, ainda que, na causa em questão, essa parte fosse representada por advogado de outro escritório. A medida moralizante, além de resguardar a imparcialidade judicial, buscava impedir conflito de interesses por redes cruzadas de traficâncias pessoais operacionalizadas por firmas de advocacia. Além disso, o Judiciário, após condescender, de início, com os excessos da Lava Jato, utilizou-se da Lei da Ficha Limpa para vetar a candidatura do ex-presidente Lula, validando um arranjo que dá ao sistema de justiça o controverso poder de filtrar os candidatos elegíveis pela sociedade. Essa dinâmica, além de inflexionar o paradigma da presunção de inocência, por antecipar a inabilitação política já a partir de qualquer decisão colegiada, sem o trânsito em julgado, transfere ao jurisdicionado um encargo imputável exclusivamente à morosidade do próprio sistema de justiça. Seus contornos são, a toda evidência, abertamente tutelares, partindo da suposição de que a sociedade é incapaz de escolher livremente os seus representantes. Por fim, o emprego recente de heterodoxias da chamada “democracia militante”, que aproximam o Tribunal de um modelo inquisitório há muito superado, lança dúvidas sobre a sua imparcialidade na persecução penal de agitadores antidemocráticos, além de fortalecer a polarização política em vez de neutralizá-la. Essas decisões podem, em seu conjunto, ter desencadeado efeitos sistêmicos prejudiciais para o equilíbrio da democracia brasileira, evidenciando que o dirigismo judicial, por mais bem-intencionado que seja, acaba atraindo consequências adversas e imprevistas para a estabilidade política do país.

²⁷¹ Luhmann (1993) argumenta que a “não decisão” tem um valor estratégico e funcional relevante, pois o decisionismo constante e irrefletido pode produzir instabilidade crônica nos sistemas sociais. Noutros termos, a complexidade e incerteza da sociedade moderna induzem “não decisões” como uma resposta eficaz para lidar com o risco. A seu ver, a sociedade pode se beneficiar da indecisão, esquivando-se de açosamentos potencialmente arriscados. Ademais, a reflexão contínua sobre riscos e incertezas estimula a evitação de soluções definitivas, permitindo que as sociedades mantenham suas opções abertas, numa postura que favoreça uma adaptação sistêmica mais gradual, nos trilhos da acumulação cautelosa de informações. Assim, para o autor, a “não decisão” não é necessariamente um erro ou falha a ser suplantada, mas um aspecto intrínseco da dinâmica social, que pode ter consequências tanto positivas quanto negativas, a depender do contexto. “Empurrar a História”, portanto, não é garantia, de modo algum, de um futuro melhor ou mais seguro.

²⁷² Outro argumento frequentemente invocado para justificar a atuação expandida do Supremo Tribunal Federal é o da suposta inevitabilidade das decisões: como o Tribunal é provocado — muitas vezes por atores do próprio sistema político —, estaria compelido a decidir, em nome do princípio da inevitabilidade jurisdicional ou da vedação ao *non liquet*. Tal raciocínio, contudo, não resiste a um exame mais detido. Em primeiro lugar, como observa Tate (1995) em estudo seminal, a mera existência de demanda não revela a causa, mas sobretudo o efeito da própria disposição institucional da Corte de intervir na arena política, o que aumenta os incentivos para que grupos estratégicos a busquem como instância de resolução de disputas. Em segundo lugar, é preciso lembrar que o STF, ao administrar um acervo processual que beira 80 mil

Barroso (2015) subestima a tensão inerente entre a politização judicial e o respeito à separação dos Poderes, negligenciando os riscos práticos da hiperatividade judicial, especialmente no que diz respeito à desestabilização do sistema político. Seu conceito de “razão sem voto” apoia-se firmemente na expectativa ingênua de uma tomada de decisão calcada precipuamente na argumentação racional, fazendo vista grossa à inegável carga de subjetividade e aos elementos mais mundanos que podem presidir essa operação “hermenêutica”. Desprezando a sociedade por seu “irracionalismo”, essa “função iluminista” pode minar progressivamente a confiança pública no cânone da neutralidade judicial e, por tabela, chamostrar a legitimidade do próprio judiciário enquanto instituição.

O fenômeno tem engendrado conflitos semelhantes em toda a América Latina. Ao refletir sobre os desdobramentos do neoconstitucionalismo no contexto da redemocratização argentina, Gargarella (2004) adverte sobre os riscos da excessiva autonomização do judiciário, assinalando o seu potencial de desconexão democrática. Em sua visão, a concentração de amplos poderes interpretativos nas mãos dos juízes produz um desequilíbrio na autoridade constitucional capaz de comprometer a funcionalidade do sistema político. Na prática, o modelo acabou produzindo decisões que não raro negligenciam o contexto político e social mais abrangente, consolidando uma governança que historicamente favoreceu interesses elitistas e restringiu o alcance das renovadas aspirações democráticas daquele país.

Acompanhando a tendência latino-americana de fortalecimento judiciário no pós-redemocratização, especialmente a partir do governo Carlos Menem (1989-1999), a Constituição Argentina²⁷³ reforçou a posição da Suprema Corte como intérprete final da

novos casos por ano, exerce ampla discricionariedade tanto na filtragem quanto no *timing* das matérias que efetivamente julga, extinguindo a esmagadora maioria dos processos e recursos sem decisão de mérito, como ressalta Arguelles (2023). Nesse contexto, o fato de determinado tema ser apreciado em sede de mérito não pode ser reduzido a mera consequência da provocação das partes. Tal circunstância traduz, antes, uma escolha deliberada da própria Corte que, ao selecionar casos *ad hoc*, decide imiscuir-se em determinado debate e orientar os rumos de sua definição normativa. Por fim, ainda que se reconheça às partes o direito de pleitear o que entendem apropriado, cabe aos magistrados — enquanto agentes públicos dotados de autoridade decisória — o dever de prudência institucional, avaliando não apenas os fundamentos jurídicos da demanda, mas também os impactos sistêmicos de sua intervenção sobre a estabilidade do direito e o equilíbrio entre os poderes.

²⁷³ Diferentemente da tradição brasileira, que, a cada ciclo político, adotou uma nova constituição escrita, a Argentina mantém, até hoje, a Constituição de 1853, que, inspirada no modelo liberal norte-americano, já previa, desde a sua promulgação, um sistema difuso de *judicial review*. Tal como no Brasil, esse mecanismo permaneceu, contudo, praticamente inoperante até muito recentemente. Ao longo do tempo, a Constituição naturalmente passou por sucessivas reformas, incluindo a incorporação do paradigma de Estado Social, em 1949, sob o Governo Perón, e, com a sua queda, uma nova reforma, em 1957, que reverteu grande parte dessas conquistas. Com a redemocratização, em 1983, a Constituição foi novamente preservada, sem que o judiciário sofresse maiores transformações. Contudo, no governo Menem (1989-1999), marcado por uma ampla reforma neoliberal do aparelho do Estado, a Justiça argentina passou por transformações estruturais significativas, sendo fortalecida para sustentar essa nova racionalidade antipopular em um cenário político

ordem constitucional, concentrando em sua alçada um poder que, para Gargarella (2004), afronta os princípios de uma democracia representativa. Em sua visão, o judiciário deve funcionar como um contrapeso institucional, mas sem se sobrepor como um poder acima dos demais. A ausência de mecanismos eficazes de supervisão e controle agravou esse cenário, tornando — a pretexto de independência — virtualmente intocáveis os tribunais. Essa combinação de amplos poderes e ausência de *accountability* revelou-se especialmente problemática em democracias emergentes, em que as instituições ainda estão em fase de consolidação, após sucessivas experiências autoritárias.

Examinando especialmente o contexto das recorrentes crises econômicas e sociais do país, Gargarella (2004) condena a crescente interferência do judiciário argentino em decisões de alto impacto político. Ao bloquearem iniciativas essenciais do sistema político, os tribunais minam a sua capacidade de responder eficazmente aos desafios estruturais postos, restringindo a margem de ação reclamada pelas circunstâncias de crise. O autor defende a necessidade de uma maior autocontenção²⁷⁴ judicial, aliada a um equilíbrio mais refinado na independência da magistratura, reforçando-se os mecanismos de responsabilização interna, para evitar que os tribunais se transformem em fortalezas inexpugnáveis. Sua recomendação é clara: as novas democracias devem reavaliar o papel do judiciário, assegurando que a jurisdição fortaleça a democracia, em vez de se converter num entrave tutelar às suas possibilidades emancipatórias.

No Chile, por sua vez, o *judicial review* foi formalmente introduzido pela Constituição de 1925, que conferiu ao plenário da Corte Suprema a prerrogativa de declarar a inaplicabilidade de normas consideradas inconstitucionais. Os efeitos da decisão eram, no entanto, adstritos às partes do caso em julgamento, o que justificou, em parte, a longa inoperância do modelo. O empoderamento judicial só ocorreria nos trilhos da Constituição de 1980 — outorgada pelo regime Pinochet —, que restabeleceu o

cada vez mais turbulento. Com efeito, a Reforma Judicial de 1994 ampliou substancialmente o controle de constitucionalidade concentrado, a cargo da Suprema Corte, e reforçou a sua autonomização, redefinindo substancialmente o equilíbrio entre os poderes (Moreno, 2021).

²⁷⁴ Como se o poder fosse capaz de, graciosamente, desviar-se de sua pulsionalidade expansiva, impondo a si mesmo limites como que por um gesto de autocensura prudencial. A ideia de autocontenção, além de estranha — e mesmo incompatível — à lógica que fundamenta a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, revela a profundidade da crise de imaginário que permeia a “crítica” à judicialização. Mesmo aqueles que reconhecem as distorções desse processo parecem rejeitar a possibilidade de um contrapeso exógeno, amparando-se no cânone da independência judicial — compreendida aqui, não raro, como verdadeira soberania judicial. A tibieza dessa solução é, em si mesma, sintomática da complacência que sustenta tal “crítica” e de sua tácita adesão à conservação do *status quo*.

Tribunal Constitucional²⁷⁵, investindo-o de competências ampliadas a serviço do esforço centralizador do regime²⁷⁶. Num processo de acúmulo institucional, o Tribunal só consolidaria seu imenso poder décadas mais tarde, com a Reforma Constitucional de 2005 (Beltrán, 2016).

A redemocratização do Chile é amplamente reconhecida como um processo negociado, marcado por uma abertura gradual do sistema político e pela persistência de incômodas continuidades autoritárias, herdadas do regime Pinochet. Nesse contexto, a Constituição de 1980 — ainda em vigor — desempenhou um papel central. No campo judicial, buscou-se uma reconfiguração institucional que alinhou a magistratura aos objetivos da transição. As reformas implementadas, embora preservassem inicialmente uma aparência de independência formal, subordinaram o Judiciário aos limites estruturais legados pelo regime autoritário. Assim, o sistema jurídico chileno foi, desde o início, reformulado para sustentar o paradigma de uma “democracia protegida”, restringindo os impulsos reformistas que pudessem fragilizar a ordem centralizadora ou promover transformações sociais de maior alcance (Santos, 2014).

A transição chilena, portanto, desenvolveu-se sob tensões estruturais significativas, marcadas pela manutenção de enclaves autoritários duradouros, como a nomeação de senadores vitalícios e a exclusão da apreciação judicial de determinados atos estratégicos de governo — sobretudo aqueles relacionados à segurança nacional. Essas restrições foram gradualmente mitigadas pela progressiva liberalização política do país, impulsionada por demandas por maior representação popular nos processos de decisão estatal. Contudo, esse avanço ocorreu novamente ao custo do fortalecimento de uma instituição igualmente não-eleita: o Tribunal Constitucional, cuja autoridade foi

²⁷⁵ O Tribunal Constitucional chileno foi originalmente instituído em 1970, ainda sob a Constituição de 1925, sendo dissolvido, no entanto, já em 1973, após o Golpe que instaurou a Ditadura Pinochet. Sob a Constituição de 1980, o Tribunal foi restabelecido e encarregado do controle de constitucionalidade, sendo, embora formalmente independente, instrumentalizado em seus primeiros anos para consolidar o projeto centralizador do regime. Inspirado no modelo europeu, o Tribunal não compõe a estrutura do Judiciário, chefiada pela Corte Suprema. Esta, embora seja o órgão de cúpula judicial, não dispõe de autoridade na revisão constitucional, limitando-se à prestação jurisdicional ordinária (Beltrán, 2016).

²⁷⁶ Recorde-se que, também no Brasil, a Ditadura Civil-Militar, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, reforçou a autoridade do STF na fiscalização abstrata das leis, ao criar a “representação de inconstitucionalidade”, dotando-a de efeitos vinculantes gerais. Esse mecanismo, então de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República — à época livremente demissível pelo presidente da República —, longe de resguardar o regime de liberdades, foi concebido como uma ferramenta de centralização a favor do regime, sendo frequentemente utilizado para neutralizar eventuais insurgências nos escalões inferiores do Judiciário (Barroso, 2012).

sensivelmente ampliada pela Reforma de 2005, conduzida durante o governo Lagos (2000 - 2006) (Santos, 2014).

Esse conjunto de reformas eliminou certos anacronismos do período autoritário, como os senadores biônicos e o Tribunal de Segurança do Estado — a poderosa corte marcial do regime Pinochet. Em contrapartida, ampliou as prerrogativas do Tribunal Constitucional, expandindo o acesso ao seu mecanismo de declaração de inaplicabilidade e promovendo a transição de um sistema originalmente restrito e concentrado para um modelo formalmente mais inclusivo e acessível. Paralelamente, os critérios de nomeação dos juízes, agora com mandatos fixos e irreconduzíveis, foram ajustados para assegurar um equilíbrio mais equitativo entre as indicações do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, em um esforço de reduzir a influência do governo eleito sobre o Tribunal (Lorenzo e Ramírez, 2015; Beltrán, 2016).

O caso chileno ilustra, mais uma vez, as ambiguidades da redemocratização latino-americana a partir dos anos 1980, ao evidenciar que, embora este processo tenha desempenhado um papel reconhecidamente importante na promoção de uma renovada governança democrática, o fez ao custo de certa recalcitrância elitista e antipopular, priorizando uma visão de “democracia protegida”, agora atualizada e revitalizada sob o verniz do discurso dos direitos e do fortalecimento de instituições politicamente “neutras”.

Assim como na Argentina e no Chile, o *judicial review* foi formalmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como se adiantou no Capítulo 1, já nos primórdios da experiência republicana, com a promulgação da Constituição de 1891. De fato, o jurista Ruy Barbosa — notório admirador das instituições americanas e mentor intelectual das instituições republicanas nacionais — esmerou-se, sem sucesso, em introduzir no país uma cultura de revisão judicial forte, similar à americana, conferindo a qualquer juiz ou tribunal, no próprio texto constitucional, a prerrogativa de anular leis e atos do poder público julgados inconstitucionais, com recurso final ao STF.

Que fatores explicam, portanto, a despeito da longevidade nacional do *judicial review*, a sua inoperância por mais de um século? Mendes²⁷⁷ e Branco²⁷⁸ (2023), Moraes (2017)²⁷⁹ e Barroso²⁸⁰ (2012) — expoentes da dogmática constitucional brasileira —

²⁷⁷ Juiz do STF desde 2002.

²⁷⁸ Atual Procurador-Geral da República (2023-2027).

²⁷⁹ Juiz do STF desde 2017.

²⁸⁰ Ex-juiz do STF (2013-2025) e seu derradeiro presidente (2023-2025).

apontam, no fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade e na diversificação de atores capazes de acessar diretamente o STF, os fatores causais desse empoderamento recente do Tribunal. Esses elementos, contudo, estão presentes no país desde a promulgação da Constituição de 1988 e, ainda assim, o protagonismo do STF aguardou mais duas décadas para florescer, só adquirindo tração em meados do Governo Lula (2003-2010), nos rastros da Reforma do Judiciário de 2004 (Taylor e Da Ros, 2008). Cabe, portanto, interrogar mais a fundo os reais determinantes políticos, econômicos e institucionais desse fenômeno, que certamente não surgiu por “geração espontânea”.

A transição brasileira da Ditadura Civil-Militar para a democracia produziu um regime político marcado por avanços relevantes, mas também por evidentes limites estruturais. O regime militar, embora forte institucionalmente, era frágil em termos de legitimidade, se sustentando numa combinação dinâmica de desenvolvimentismo dependentista e repressão política. Quando o crescimento entrou em crise, abriu-se espaço para um movimento democrático de massas, apoiado em demandas por cidadania, igualdade social e ampliação de direitos. Mobilizações de trabalhadores, estudantes, setores da Igreja e da sociedade civil, somadas à erosão econômica e a divisões internas entre militares e elites civis, impulsionaram, assim, a abertura política (Saad Filho e Morais, 2018).

Essa abertura, no entanto, longe de ser resultado de uma ruptura, representou um pacto amplamente controlado pelas elites políticas, militares e econômicas, que buscaram garantir estabilidade e imunizar seus dispositivos de reprodução de classe de qualquer reconfiguração relevante. Assim, a transição preservou privilégios históricos das elites nacionais e blindou os militares e a classe dirigente de qualquer responsabilização por violações a Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que descartou as demandas de transformação econômica mais profundas vindas das massas. O pacto da Nova República assegurou, portanto, liberdades políticas formais, pluralismo partidário e eleições livres, mas bloqueou severamente uma democratização efetiva das estruturas econômicas e sociais (Saad Filho e Morais, 2018).

A Constituição de 1988 corporificou esse equilíbrio contraditório, atualizando o processo brasileiro de modernização conservadora. De um lado, representou uma conquista democrática inédita, ao (1) universalizar os direitos civis e políticos, (2) institucionalizar a promessa de um Estado de bem-estar social e (3) ampliar as bases da cidadania. De outro, consolidou um arranjo institucional ambíguo, ao (1) descentralizar responsabilidades sociais para estados e municípios sem lhes garantir os recursos

adequados; (2) estabelecer um Congresso fragmentário e paroquialista; (3) atribuir ampla legitimidade ao Executivo eleito, mas restringindo sua capacidade de efetiva implementação de agenda; e, sobretudo, (4) ao preservar intocados os mecanismos de reprodução das desigualdades, muitos deles alçados ao próprio texto constitucional, agora sob a vigilância atenta de um Judiciário elitista. Esse modelo ambivalente gerou avanços sociais e políticos limitados, ao mesmo tempo em que preservou um sistema de dominação capaz de conciliar democracia formal com estagnação econômica, desindustrialização e desigualdade estrutural (Saad Filho e Moraes, 2018).

No plano internacional e econômico, a redemocratização coincidiu, ainda, com a ascensão do neoliberalismo, que impôs severas restrições orçamentárias e rapidamente desmantelou o incipiente projeto universalista de bem-estar. Em seu lugar, surgiram políticas seletivas e de alcance limitado, baseadas numa gestão tecnocrática da pobreza extrema e da diferença, concebida mais em termos multiculturais que propriamente em termos de classe. A Constituição de 1988, embora progressista em seus dispositivos sociais, nasceu tensionada por uma monumental crise fiscal e pela pressão de elites contrárias a qualquer projeto efetivo de redistribuição. Seu saldo foi um “Estado Social” tardio e substancialmente frágil que, já nos anos 1990, saiu de cena para dar espaço às políticas neoliberais, que rebaixaram direitos universais a benefícios seletivos e condicionais (Saad Filho e Moraes, 2018).

O arranjo produzido mostrou-se institucionalmente aberto, mas vulnerável à recalcitrância das práticas clientelistas e à captura das elites. O Brasil alcançou, portanto, uma democracia real, mas superficial e instável, marcada pela tensão permanente entre as conquistas cidadãs e a persistência da exclusão, da desigualdade e da concentração de poder. A ambição normativa da Constituinte, expressa em promessas e objetivos maximalistas, foi abatida no berço pelas contradições inerentes à emergente acumulação neoliberal (Saad Filho e Moraes, 2018).

Ao analisar a extensa agenda de reformas judiciais promovidas na América Latina e no Caribe nos anos 1990, impulsionada por organizações internacionais e capitaneada pelo Banco Mundial, Santos (2009) destaca que a retórica legitimadora dessas iniciativas se apoiava em três pilares principais: consolidar o judiciário como um pilar central da democracia, promover a linguagem dos Direitos Humanos e fomentar o desenvolvimento econômico regional. O autor rememora dois relatórios fundamentais, produzidos pelo Banco Mundial, que alicerçaram esse ciclo de reformas: o *World Bank Technical Paper* (WTP) nº 280 (1995) e o *World Bank Technical Paper* (WTP) nº 319 (1996).

O WTP nº 280 (1995) apresenta um diagnóstico abrangente sobre as fragilidades do sistema de justiça latino-americano, apontando problemas crônicos como a morosidade processual, a baixa confiança social no judiciário e as numerosas barreiras no acesso à justiça. Para enfrentar esse cenário desafiador, o relatório propõe um conjunto audacioso de reformas, incluindo o insulamento autonomizante do judiciário, a modernização administrativa de sua burocracia de apoio, a implementação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos — como a mediação, a conciliação e a arbitragem —, a ampliação da assistência jurídica gratuita, o fortalecimento das entidades reguladoras das profissões jurídicas e o aperfeiçoamento na formação educacional e profissional desses quadros. Como objetivo central, o Relatório enfatizou a necessidade de alinhar a região aos padrões globais de governança (neoliberal), visando aumentar o comércio internacional e favorecer a livre circulação de capitais (Banco Mundial, 1995).

Já o WTP nº 319 (1996) ressalta o empoderamento judicial como um fator crítico para o desenvolvimento econômico da região. O documento sustenta que a ausência de um judiciário independente e eficiente compromete o progresso ao gerar insegurança jurídica, desestimular investimentos internacionais e limitar a alocação eficiente de recursos. A falta de confiança no sistema judicial fomentaria o recurso a mecanismos informais e personalistas de resolução de litígios, restringindo o potencial e a competitividade dos mercados. Assim, o Relatório tematiza o papel do judiciário na promoção de mercados eficientes e na asseguuração dos direitos individuais e da propriedade, além de pontuar que a crescente integração econômica, via acordos como o Mercosul e o Nafta, reclamaria um judiciário latino-americano alinhado a padrões de governança das economias centrais, de modo a fortalecer o livre fluxo de capitais (Banco Mundial, 1996).

Embora reconheça parcialmente os avanços alcançados, Santos (2009) critica o caráter marcadamente instrumental desse ciclo reformista, pontuando o seu enfoque desproporcional no fortalecimento do mercado global. A uniformização dos sistemas jurídicos latino-americanos, embora tenha concorrido para um aumento da integração econômica regional, negligenciou as particularidades culturais e institucionais de cada país, privilegiando a tradição jurídica norte-americana de *common law* em detrimento do paradigma romano-germânico (*civil law*) que predominou historicamente na Região.

Além disso, Santos (2009) observa que a concepção de “democracia constitucional” subjacente a esse reformismo foi excessivamente utilitarista, ao priorizar

a criação de condições favoráveis ao investimento estrangeiro em detrimento do fortalecimento de práticas democráticas inclusivas e adaptadas às multifacetadas realidades locais. Novamente é possível situar o empoderamento global do judiciário no registro próprio da racionalidade neoliberal, enquanto um mecanismo de promoção de um certo modelo econômico, e, sobretudo, de sua governança política de neutralização do poder eleitoral recém-adquirido pelas massas.

A convergência entre o neoconstitucionalismo e o neoliberalismo revela, aqui, na instrumentalização do direito como uma ferramenta ambivalente de legitimidade e controle, todo o seu brilho. Enquanto o neoconstitucionalismo buscou legitimar a expansão do judiciário sob o manto vago e moralizante da defesa das liberdades, “desformalizando” o direito positivo em favor de porosas e flexíveis invocações moralizantes, o neoliberalismo se apropriou dessa gramática para consolidar sua hegemonia, neutralizando demandas democráticas e promovendo uma governança tipicamente pró-mercado.

Essa convergência, longe de ser acidental, traduz um uso estratégico e atualizado das instituições democráticas, desta vez reorientadas à desarticulação das resistências coletivas, à despolitização do conflito econômico e à modernização conservadora. A judicialização, nesse contexto, emerge como um ponto nodal, alinhando o plástico arcabouço valorativo do neoconstitucionalismo com as conhecidas práticas autoritárias e antipolíticas do neoliberalismo. Para melhor desvelar essa articulação, no entanto, impõe-se, ainda, uma contextualização derradeira sobre a emergência da própria racionalidade neoliberal.

Nesse sentido, partindo da década de 1960, Chamayou (2020) argumenta que o programa neoliberal emergiu como uma resposta sistêmica às intensas mobilizações sociais, ambientais e trabalhistas daquele contexto histórico, percebidas, em seu conjunto, pela classe dominante, como uma ameaça existencial. De fato, a universalização do sufrágio e a organização da classe trabalhadora — especialmente por meio dos sindicatos — haviam produzido, no Atlântico Norte, um equilíbrio de alto nível no conflito capital-trabalho, a reboque das políticas keynesianas.

Inicialmente codificados como “ameaças”, movimentos universalistas — como a luta pelos direitos civis e os protestos de Maio de 1968 — foram estrategicamente reconfigurados como “oportunidade” para preservar e fortalecer a ordem. Não deixa de ser irônico, contudo, que essa “reconquista”, liderada em bloco por elites organizadas e altamente conscientes do seu sentido de classe, tenha ocorrido justo pela via do

apagamento da consciência de classe a nível dos grupos desafiantes, dismantelando sistematicamente a capacidade de resistência coletiva dos trabalhadores (Harvey, 2008; Chamayou, 2020; Antunes, 2020).

E, reforçando a proximidade “genética” do empoderamento judicial desta empreitada, um dos primeiros alarmes amplamente documentados da reação neoliberal soou justamente a partir de um influente jurista, através do célebre “Memorando Powell”, dirigido à Câmara de Comércio dos EUA. No documento confidencial de 1971, o candidato a juiz da Suprema Corte Lewis F. Powell Jr. expressou “profunda preocupação” com o que descreveu como sendo um “ataque generalizado ao sistema americano da livre iniciativa”. Proveniente de múltiplas frentes — sindicatos, meios de comunicação, universidades e a *intelligentsia* em geral —, essa ofensiva configuraria, segundo Powell, uma “ameaça ideológica significativa” ao sistema empresarial, progressivamente legitimada por setores “respeitáveis” da sociedade (Chomsky, 2017; Powell Jr., 1971).

Em resposta a esse quadro, Powell Jr. (1971) conclamou as corporações norte-americanas a uma reação abrangente e coordenada, fundada em quatro eixos principais: (1) o engajamento político mais incisivo das elites empresariais; (2) o reforço do controle econômico e ideológico sobre os sistemas educacionais e midiáticos; (3) o monitoramento sistemático da sociedade; e (4) o uso estratégico da judicialização como instrumento de contenção e reversão das pressões reformistas.²⁸¹ No memorando, Powell Jr. (1971) — ecoando as lições de Lippmann (2010) — ainda ressaltou a necessidade de se investir, a longo prazo, na “manufatura” da opinião pública, especialmente por meio da criação e do financiamento de *think tanks* capazes de, emulando a autoridade do discurso científico, sustentar, na disputa pela definição de políticas públicas, uma abordagem abertamente pró-mercado. Seu apelo foi bem recebido e, nas semanas seguintes, o próprio Powell Jr. foi promovido, pelo Governo Nixon (1969-1974), ao posto de juiz da Suprema Corte.

Como se vê, o neoliberalismo é permeado por uma governança plástica e ambivalente, que alardeia a liberdade para as corporações enquanto a suprime no campo da mobilização social, sempre embalado pela ideia de “ingovernabilidade social”. A

²⁸¹ Segundo Powell Jr. (1971, p. 26, em tradução livre), “em nosso sistema constitucional, especialmente com uma Suprema Corte de mentalidade ativista, o judiciário pode ser um instrumento mais central para induzir mudanças sociais, econômicas e políticas. Outras organizações e grupos, reconhecendo isso, têm sido muito mais astutos em explorar o potencial das ações judiciais do que as corporações americanas. Talvez os mais ativos estrategistas do sistema judiciário sejam hoje grupos com orientações políticas que variam de liberais [num sentido progressista] à extrema-esquerda”. Nesse sentido, Powell Jr. (1971) propõe que a comunidade empresarial considere uma instrumentalização semelhante, recorrendo ao judiciário para promover seus interesses.

menção à “sociedade ingovernável”, que nomeia a principal obra de Chamayou (2020), remete a outro célebre Relatório, de repercussões sísmicas para a comunidade global, publicado na década de 1970. No influente *The Crisis of Democracy* (1975), subscrito por Samuel P. Huntington, Michel Crozier e Joji Watanuki, a Comissão Trilateral, reportou, no “excesso de democracia”, a raiz de uma suposta crise paralisante de governabilidade nos países capitalistas centrais.

Como resposta, em linha com o Memorando Powell Jr. (1971), a Comissão Trilateral propôs o soerguimento de filtros à participação popular, pela via do fortalecimento tecnocrático, com vistas a insular a fortaleza da economia das crescentes pressões redistributivas empunhadas por massas cada vez mais ativas e “insaciáveis”²⁸². Esse diagnóstico de “ingovernabilidade” segue pautando centralmente a adoção do receituário neoliberal mundo afora, mirando permanentemente a desarticulação da sociedade civil, a debilitação dos movimentos sociais e a consolidação de um sistema político amplamente bloqueado por interesses corporativos (Chamayou, 2020).

Diante das demandas sociais por justiça social, redistribuição econômica e sustentabilidade ambiental, as elites empresariais passaram a enxergar a sociedade como um verdadeiro “campo de batalha”. E, para neutralizar essas reivindicações, foram adotadas táticas inspiradas em métodos militares de contrainsurgência e repressão, que incluem a promoção de campanhas de desinformação, a criminalização de protestos e de movimentos sociais, o desmantelamento dos sindicatos e da legislação trabalhista e a generalização das questões sociais como problemas essencialmente de gestão e de mercado, deslocando o conflito coletivo para uma esfera decisória fundada na técnica, na

²⁸² Crozier, Huntington e Watanuki (1975) apontaram ser crucial fortalecer o papel de autoridades não eleitas na governança democrática. E justificam o seu ponto sustentado que, diante da complexidade dos desafios contemporâneos, os corpos técnicos e burocráticos, que não passam pelo crivo das urnas, como agências reguladoras e bancos centrais, são essenciais para assegurar estabilidade, racionalidade e continuidade no campo de políticas sensíveis. Esses órgãos oferecem a expertise necessária para manejar questões “especializadas”, que escapariam à imperícia e à demagogia de políticos eleitos, contribuindo criticamente para a eficiência governamental. Esse diagnóstico se insere num debate ampliado sobre a tensão entre eficácia e legitimidade nas democracias contemporâneas, em que há um deslocamento da legitimidade baseada em consentimento eleitoral para a legitimidade baseada em resultados. Fazendo eco a esse mesmo argumento, durante o discurso de abertura do ano judiciário de 2025, em resposta a críticas veladas dos recentemente eleitos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que expressaram preocupações sobre interferências em suas prerrogativas, o presidente do STF, ministro Luís Barroso, afirmou que “todas as democracias reservam uma parcela de poder para ser exercida por agentes públicos que não são eleitos pelo voto popular, para que permaneçam imunes às paixões políticas de cada momento. O título de legitimidade desses agentes é a formação técnica e a imparcialidade na interpretação da Constituição e das leis”. O magistrado naturalmente não se pronunciou sobre eventuais contrapesos para a neutralização de possíveis excessos judiciais, celebrando, em revés, a sua ausência como um imperativo de sua concepção particular de democracia (Carlucci, 2025).

concorrência, na individualidade e na neutralidade despolitizante dos sempre úteis burocratas profissionais (Chamayou, 2020).

O neoliberalismo, ao articular práticas radicais de livre mercado a estratégias autoritárias de governança, tem na tecnocracia o seu eixo central de sustentação. Seu êxito estratégico repousa na combinação fina entre uma elevada plasticidade política e cultural — que lhe permite adaptar-se a contextos domésticos multifacetados e complexos — e a notória rigidez doutrinária do seu programa econômico. Nesse sentido, sua ortodoxia estrutura-se em torno de cinco pilares fundamentais: (1) o livre fluxo global de capitais; (2) a tributação regressiva; (3) a globalização financeira; (4) o desmantelamento das políticas sociais, convertidas em mecanismos de disciplinamento das massas por meio da exposição ao risco e à vulnerabilidade; e (5) o fortalecimento — e não a retração — do poder estatal, mobilizado para disciplinar a “sociedade ingovernável” e ajustá-la, ainda que coercitivamente, à sua “ordem espontânea”.

O papel desse novo e poderoso Estado neoliberal, portanto, afasta-se das noções modernas de “bem comum” — centrais tanto nas políticas de *welfare* quanto no próprio liberalismo clássico — para sustentar a generalização artificial da concorrência, expandida para além do mercado. E, para reinscrever todas as dimensões da vida social sob essa lógica competitiva, a gramática neoliberal tornou-se altamente dependente de uma ampla burocratização e judicialização das relações humanas²⁸³ (Dardot e Laval, 2016; Harvey, 2008).

²⁸³ Nesse sentido, convém resgatar o conceito de “estalinismo de mercado”, formulado por Fisher (2020), que expõe o paradoxo da crescente burocratização da vida comum a reboque da racionalidade neoliberal. A despeito da retórica de “Estado mínimo”, a generalização da concorrência para domínios extramercadológicos não pode prescindir de uma malha intensificada de supervisão, metas e indicadores de desempenho. Observe-se que, com o advento das novas tecnologias, essa rede disciplinar pode se camuflar convenientemente em dispositivos algorítmicos opacos, que, de forma pouco perceptível, atuam nas pré-figurações do próprio desejo humano, numa aproximação do que Deleuze (2000) chama de “modulação” em uma nova “sociedade do controle”. Para o autor, “estamos entrando nas sociedades de controles, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea”, “por redes flexíveis moduláveis, como uma moldagem auto deformante que muda continuamente, a cada instante”. Apenas para ficar em um exemplo da burocratização asfixiante descrita por Fisher (2020), em instituições não econômicas como as escolas, esse processo se revela indispensável para sustentar a ambicionada ordem concorrencial “espontânea”. A educação e a formação humana deixam de ser o fim da disciplina escolar e os alunos, agora reduzidos a consumidores superficialmente empoderados, constantemente rivalizam entre si ou com os próprios professores, segundo métricas e *rankings* duvidosos; por outro lado, os professores, pressionados por metas autorreferenciadas, diretrizes desenhadas *top-down* e por um sistema precarizador e de remuneração variável por desempenho, são despojados de qualquer autonomia pedagógica. O social reduz-se ao econômico, numa lógica totalizante. E, assim, longe de reduzir a superfície de intervenção estatal, a racionalidade neoliberal apoia-se em um Estado tendencialmente onipresente, embora deslocado das suas funções de mero “vigia noturno” — no liberalismo clássico — ou de garantidor do bem comum — no *welfare* —, para se dedicar precipuamente à sustentação da generalização da concorrência. Essa dinâmica expõe uma contradição fundamental no discurso de desregulamentação que permeia a narrativa ideológica neoliberal. Com efeito, o Capital é

Assim, embora o neoliberalismo se apresente como um regime radical de liberdades, sua gramática se apoia em estratégias francamente autoritárias, que restringem a participação política a pretexto de inevitabilidades economicistas meticulosamente construídas, numa atualização bastante peculiar do naturalismo manchesteriano. Na prática, essa racionalidade global libera os impulsos mais agressivos do Capital pela via da desregulamentação, ao mesmo tempo em que impõe “jaulas de aço” burocráticas para neutralizar as potenciais contramobilizações, reduzindo a sociedade a um espaço de gestão, comando e controle. E, bloqueando sistematicamente as mudanças socialmente requeridas, o neoliberalismo perpetua as desigualdades e revela claramente o seu caráter autoritário sob o disfarce reluzente da racionalidade técnica²⁸⁴(Chamayou, 2020; Harvey, 2008; Dardot e Laval, 2016).

E é fundamental, neste ponto, distinguir ciência e técnica, pois, ainda que ambas constituam o núcleo de legitimação do imaginário moderno e operem sob compromissos políticos implícitos, apenas esta recorre à dissimulação sistemática e necessária dos seus pressupostos. A ciência, ainda que marcada por uma pretensão universalizante e trans-histórica — a de revelar a “verdade fundamental” das coisas, amparada pelo método e pelos valores transcendentais da neutralidade e da objetividade —, permanece, em princípio, aberta à contestação e à pluralidade epistêmica. A técnica, ao contrário, apoia-se em uma racionalidade estritamente instrumental, que dissimula seus fins sob o discurso de otimização e inevitabilidade. Se a ciência pode ser orientada para fins éticos e emancipatórios, essa possibilidade não decorre de seu método em si, mas de uma decisão humana a priori. O poder da razão, de fato, é apenas o de convencer ou persuadir, não sendo coerção própria do seu domínio.

liberado dos mais básicos freios regulatórios, mas à custa de uma sujeição radical do indivíduo, num “liberalismo” simultaneamente autoritário e seletivo. Não chega a surpreender, portanto, a crescente intolerância social quanto a esse Estado claramente tentacular, sem que isso signifique, necessariamente, um amplo repúdio das massas à rede de proteção social. Aqui, a polarização simplista entre público e privado, sem que haja nuances que evitem a canonização da intervenção estatal ou a sacralização da onipotência empresarial, acabam retroalimentando essa dinâmica de desintegração social.

²⁸⁴Nesse contexto, o argumento *there is no alternative* (TINA, no conhecido acrônimo), eternizado pelo discurso de Margaret Thatcher, advoga inexistirem alternativas viáveis à racionalidade neoliberal, consubstanciando-a como um destino manifesto. Se não há alternativa, já não há política e muito menos democracia, mas um tipo muito singular de totalitarismo. Essa narrativa despolitizante, batizada por Fisher (2020) como “realismo capitalista”, assume, no entanto, contornos próprios de uma profecia autorrealizável. Seu impacto, porém, não pode ser subestimado, na medida em que tal premissa se acha intrinsecamente conectada à crise do imaginário político que atravessa e paralisa as democracias contemporâneas mundo afora, perpetuando o seu estado de crise permanente. Ao despolitizar os conflitos sociais, o argumento “realista” se mostra especialmente eficaz por marginalizar e ridicularizar propostas alternativas e por cristalizar a globalização neoliberal como a única solução concebível para os desafios econômicos e políticos da humanidade, consolidando, assim, sua dogmática fatalista, da direita à esquerda.

Já a técnica, enquanto expressão aplicada da racionalidade científica, basta-se em sua racionalidade instrumental, subordinando-se à realização de objetivos utilitaristas específicos, ditados por sua política pré-embutida. Possui, assim, uma vocação intrínseca à coerção — e, não raro, à violência política. Enquanto a ciência busca revelar suas “verdades” e credenciar seu legado à humanidade, a técnica se apressa em converter seu saber em poder, a serviço simultaneamente da dominação e da produção econômica. A tecnocracia se empodera, paradoxalmente, na medida em que se mostra capaz de dissimular sua política — precisamente para reafirmá-la, como um *deus ex machina* entrincheirado nas engrenagens da Modernidade.

A despeito da crítica marxista, que frequentemente inscreve a racionalidade científica no campo dos compromissos do capital²⁸⁵, a ciência — tributária da dialética e da persuasão racional — não impõe, *per se*, quaisquer decisões. Ainda que o conhecimento científico possa qualificar e orientar a deliberação, ele jamais a automatizará, dissociando-a da deliberação humana e de um certo *ethos*, a menos que incorpore em seus próprios códigos uma política específica — metamorfoseando-se, então, em técnica. Toda escolha humana carrega, portanto, uma inarredável carga de discricionariedade política, ainda que se procure mascarar esse incômodo traço. A judicialização, nesse sentido, longe de ser “científica”, situa-se no campo — não neutro — próprio da técnica, sendo paradoxalmente politizada e despolitizante.

O impulso despolitizante, aliás, sempre permeou o discurso neoliberal. Ao reduzir os conflitos sociais a meros problemas “técnicos” e “gerenciáveis”, essa racionalidade obscurece a compreensão das causalidades coletivo-estruturantes das mazelas sociais, enfraquecendo, com seu jogo de sombras, a articulação de solidariedades essenciais à contestação popular e à ação coletiva. Um exemplo típico dessa estratégia é o modo pelo qual o discurso neoliberal reconfigura drasticamente as demandas ambientais, confiando-as a meros desafios de eficiência econômica (*e.g.* racionalidade energética) ou de

²⁸⁵ De fato, Marx (2017) denunciou amplamente a subordinação da Ciência aos interesses dominantes, denunciando o seu uso instrumental para maximizar a produtividade, ampliar a extração de mais-valia e aprofundar a exploração e a divisão do trabalho no sistema capitalista. Contudo, o próprio Marx (2007) reconhecia que essa articulação não implicava um determinismo absoluto. O discurso científico comporta usos alternativos, capazes de emancipar a humanidade, resguardar a natureza e promover a dignidade humana. Para isso, contudo, a Ciência deve reconhecer, de partida, não ser próprio de seu domínio impor decisões, reificando o humano, mas antes, pelo recurso à persuasão racional, apontar possibilidades e antecipar desdobramentos, num esforço limitado à qualificação da tomada de decisão. Para exemplificar este ponto, na política monetária, o discurso científico pode apontar as possibilidades e as consequências inflacionárias de uma majoração ou de um recuo da taxa básica de juros. Jamais será capaz, contudo, de suplantará a decisão política em si a este respeito, que será sempre atravessada por injunções de ordem ética e política, como o aumento do desemprego das camadas mais vulneráveis, por exemplo.

responsabilidade individual (*e.g.* reciclagem), desviando a pressão que deveria incidir nas estruturas de poder que efetivamente ameaçam a natureza²⁸⁶ (Chamayou, 2020).

E é justo no registro da “técnica” que Chamayou (2020) inscreve a judicialização da política, descrevendo-a como um fenômeno que mobiliza o sistema legal para arrefecer resistências coletivas, filtrar as pressões sociais e reempoderar o *establishment*, removendo as barreiras residuais à governamentalidade neoliberal, enquanto reprise, sob nova roupagem, as promessas emancipatórias do constitucionalismo moderno, agora repaginadas sob um ethos hiperindividualista. Longe de ser um espaço verdadeiramente equidistante, o sistema judiciário, ao se valer de sua permeabilidade seletiva e opacidade decisória, é facilmente instrumentalizável como um vetor de perpetuação das desigualdades estruturais, reafirmando o *status quo*.

E aqui, mesmo a faceta “progressista” da judicialização merece ser matizada, na medida em que o neoliberalismo sustenta sua hegemonia por meio de uma operação polimorfa e estratégica, que sobrescreve a quase totalidade das superfícies ideológicas. Com efeito, um dos elementos que torna a sua estratégia particularmente eficaz é mobilização intensiva das identidades, em ressonância com a lógica fragmentária e hiperindividualista das novas tecnologias de comunicação de massa, fomentando as chamadas “guerras culturais”, que, não raro, encontram na arena judicial o seu *locus* de disputa privilegiado. A produção e a instrumentalização dessa polarização cultural e afetiva desmobilizam a ação coletiva requerida por conflitos políticos estruturais e de magnitude, deslocando o foco das desigualdades de classe para confiná-lo a um debate centrado na esfera moral e culturalista, sob um prisma marcadamente individualista-adversarial (Dardot *et al.*, 2021).

E, aqui, a identidade é um artifício culturalista “sem partido”²⁸⁷, não se limitando ao campo dito “progressista”, numa alusão estrita às minorias historicamente

²⁸⁶ Nesse particular, Chamayou (2020) critica incisivamente a apropriação do discurso de sustentabilidade pelo neoliberalismo, denunciando como as elites reconfiguram demandas ambientais, que antes ameaçavam os seus negócios, em novas oportunidades de mercado. Sob a fachada de um cínico altruísmo “verde”, essa estratégia promove soluções tecnológicas e financeiras que, em termos práticos, não raro reforçam o consumismo desenfreado, intensificando a exploração de recursos naturais notoriamente escassos. Nesse arranjo, a crise ambiental é convolada em um novo e profícuo campo de oportunidades de acumulação capitalista, marginalizando alternativas genuinamente transformadoras e de impacto.

²⁸⁷ Para Schmitt (2015), trata-se uma diferença de natureza existencial — e não objetiva —, que define modos de ser e de enfrentamento, e não qualidades ou propriedades dos grupos em si. Quando uma oposição qualquer alcança o grau máximo de intensidade — tornando-se uma questão existencial —, ela se politiza. E o político emerge, portanto, no momento em que uma comunidade percebe — ainda que à míngua de base objetiva — a sua existência ameaçada e precisa afirmar-se frente a esse inimigo real ou suposto. A possibilidade efetiva da violência constitui, nesse sentido, a substância do político, sendo a guerra a sua expressão mais extrema e reveladora.

marginalizadas. Sendo a xenofobia²⁸⁸ o manancial pulsional do identitarismo moderno²⁸⁹, tipos ideais como “o conservador”, o “armamentista” e o “cristão”, inscritos no campo populista de direita, por exemplo, emulam uma roupagem profundamente identitária. O recurso identitário é, portanto, um dispositivo de gerenciamento e mobilização, fundado nas conhecidas oposições schmittianas, que, divisando as fronteiras entre grupos, articulam sua ação fragmentária por meio de uma alteridade radical e agonística, que produz o “eu” a partir de um simétrico invertido (e imaginado) do “outro”²⁹⁰.

Grande cânone do pensamento conservador, Schmitt (2015), resumia a essência da Política à distinção opositiva entre “amigos” — aqueles com quem se compartilha uma identidade ou interesses —, e “inimigos” — aqueles reputados uma ameaça à existência do grupo. Essa diferenciação não é necessariamente violenta ou militar, sendo, porém, fundamental para orientar e presidir a ação no campo da política schmittiana. Assim, o “inimigo” — que sequer precisa ser real²⁹¹ — é qualquer grupo imaginado ou percebido que se coloque em oposição direta e hostil a outro, que forjará, a partir desse fantasma, a sua própria unidade política, com vistas à produção de ações defensivas ou agressivas. A identidade, portanto, emerge dialeticamente da própria dinâmica agonística, constituindo-se e reafirmando-se pelo antagonismo, numa espiral retroalimentadora.

Laclau e Mouffe (2015), no contexto da crise do trabalhismo e da debacle da alternativa socialista na década de 1980, propuseram “usar Schmitt contra Schmitt”, com o recurso à razão populista e a instrumentalização do potencial subversivo das identidades marginalizadas para a produção de antagonismos que tensionassem a hegemonia

²⁸⁸ Aqui entendida não estritamente como um defeito moral, mas como uma pulsão profundamente humana, que tende a codificar o desconhecido como ameaça existencial.

²⁸⁹ Em texto seminal, abordando essa dimensão genética do identitarismo nacionalista, Anderson (2016) descreve mesmo as nações como “comunidades imaginadas”, formadas pela disseminação da Imprensa e pela substituição de sistemas dinásticos e religiosos de poder pelos sistemas estatais. As nações surgem quando os indivíduos, conectados pelo uso da língua vernácula e pela simultaneidade das rotinas estabelecidas pelos jornais e romances, passam a se entender como parte de uma comunidade coletiva, soberana e, sobretudo, delimitada, na medida em que é idealizada a despeito da arbitrariedade das fronteiras que as divisam de nações “outras”. No contexto europeu contemporâneo, Zúquete e Marchi (2023) destacam que o nacionalismo é utilizado como uma ferramenta de construção identitária no discurso populista de extrema-direita. Esse discurso se intensifica como uma reação às mudanças demográficas, marcadas por baixas taxas de natalidade e alta imigração, que, em meio ao declínio do estado de bem-estar social, são retratadas como ameaças existenciais à cultura e à identidade europeia.

²⁹⁰ Esse “inimigo” schmittiano é constitutivo da identidade: é diante dele que o “si” adquire sua medida, contorno e forma. Essa negatividade estabiliza a positividade do sujeito, de modo que o político emergja não do diálogo, mas da decisão — do latim *de caedere*, “cortar” ou “separar” —, do gesto de exclusão que traça fronteiras e engendra o caráter identificador. Para o autor, a violência dirigida ao outro, portanto, não constitui mero impulso destrutivo, mas uma força generativa que consolida a unidade interna: quanto mais nítido o inimigo, mais firme e coeso se tornará o sentido da identidade (Schmitt, 2015).

²⁹¹ A exemplo do fantasma da “ameaça comunista”, que sempre ventitou o sistema político brasileiro desde o Entreguerras.

capitalista, produzindo um radicalismo alternativo, “de esquerda”²⁹². Sua leitura, sobretudo na clivagem identitária, influenciou os partidos da “Nova Esquerda”²⁹³ — então em crise, com a queda da URSS —, que buscavam arregimentar novas clientelas eleitorais apostando no diagnóstico precipitado do “fim do trabalho”²⁹⁴ enquanto agente histórico. Essa abordagem neoschmittiana produziu previsivelmente perigosas contramobilizações reacionárias e, de resto, foi amplamente fagocitada e recodificada pela própria racionalidade neoliberal, o que lança dúvidas crescentes sobre a sua eficácia estratégica²⁹⁵.

Em passagem anterior, já se antecipou que o neoliberalismo demarca uma ruptura fundamental com a Modernidade por produzir uma nova e autêntica subjetivação. De fato, esse novo sujeito “empreendedor”, que opera como uma “empresa de si mesmo”, é bem caracterizado por Dardot e Laval (2016) como sendo impreciso, flexível, precário, fluido, sem gravidade e hipermoderno. Compelido a se fundamentar em si, o sujeito-empresa reduz a multiplicidade das experiências humanas a meras transações, se desenraizando

²⁹² É possível que os autores tenham vislumbrado uma “estratégia” de mobilização onde havia apenas subprodutos da própria racionalidade neoliberal. A economia de mercado, com efeito, substituiu o tipo ideal do “inimigo” schmittiano por uma multiplicidade de adversários funcionais — os “concorrentes” —, instaurando um regime de cálculo e gestão fundado na autoexploração e na competição sem alteridade, agora reduzida a mera “diferença”. Na concorrência, essa proliferação infinitesimal de “inimigos” dispersou progressivamente a unidade subjetiva, que, à míngua de um antagonista concreto, tende a se esvaziar. E a lógica neoliberal atualizou e exasperou esse conflito existencial, reorientando o sujeito para uma corrida interminável contra si mesmo. Dessa dinâmica despenda uma subjetividade narcisista e exaurida, que gira em falso, pouco capaz de travar relações substanciais com o “outro”. Paradoxalmente, essa mesma subjetividade demanda sistematicamente reconhecimento e, alinhada à lógica unidirecional do espetáculo, reivindica também protagonismo e voz. Por outro lado, junto com a própria alteridade, a escuta atenta, um elemento essencial da democracia fundada na noção habermasiana de ação comunicativa, se dissipa. Assim, o sujeito do desempenho — flexível, autogerido e permanentemente orientado pela lógica neoliberal — perde a resistência que o *alter* antes lhe oferecia, ficando exposto a um excesso de positividade que o esgota e o lança no isolamento e no desamparo crescente. Não surpreenderia, portanto, que, em resposta ao desamparo, a resposta identitária reemergisse, numa dialética misteriosa, como uma espécie de impulso defensivo — tão intenso quanto perigoso — capaz, por um lado, de sustentar a própria gestão neoliberal enquanto um regime de guerra civil difusa, mas também de ameaçá-la severamente, pelo risco inerente de desintegração social (Schmitt, 2015; Habermas, 2022; Han, 2015; 2017).

²⁹³ Sobre essa “nova esquerda”, “novo trabalhismo” ou “terceira via”, que buscou atualizar os princípios da social-democracia à luz da globalização, da individualização, das transformações digitais e das novas formas de risco e de desigualdade, confira-se Giddens (2001).

²⁹⁴ Tal qual proposto por Gorz (1982).

²⁹⁵ Nesse sentido, Lilla (2018) — acadêmico simpático ao Partido Democrata —, num ensaio reflexivo sobre a primeira vitória de Donald Trump, em 2016, critica a fragmentação causada pela “obsessão identitária” do campo progressista. Para o autor, essa orientação — em sintonia com as elites prósperas, ilustradas e cosmopolitas das costas Leste e Oeste dos EUA — afastou os democratas da chamada “América Esquecida”, composta pela asfixiada classe trabalhadora industrial. Essa abordagem teria minado a coesão requerida para o impulsionamento de reformas abrangentes. E, em resposta, o autor defende um retorno ao universalismo, com ênfase na dimensão econômica, orientado por objetivos comuns da nova e diversa classe trabalhadora, a exemplo do que sustentou o bem-sucedido *New Deal*. Em vez de rejeitar os particularismos interseccionais, o autor propõe uma reavaliação de prioridades, em socorro de uma política mais popular e eficaz, que seja capaz de revitalizar a democracia liberal diante de desafios como a desigualdade crescente e o avanço do autoritarismo.

cultural, simbólica e socialmente. E, nesse estado de “antigravidade simbólica”, vão se erodindo os ideais e as identidades tradicionalmente moldadas pelas rígidas instituições disciplinares tradicionais, produzindo-se uma nova economia psíquica marcada pela fluidez.

Focado na eficiência e na concorrência individual, o sujeito-empresa, nessa temporalidade sobrevivencial curto-prazista de crise permanente, se vê na angústia de recorrer a asceses de despenho de retorno imediato, impulsionando, no lugar antes dedicado à educação formal e profissionalizante, o farto mercado literário da autoajuda. Ao seu lado campeiam igualmente o misticismo desinstitucionalizado²⁹⁶, o recurso a técnicas duvidosas de *coaching* e novas e multifacetadas toxicomanias e expressões de jogos de azar²⁹⁷, que obliteram qualquer horizonte subjetivo relevante. O “empreendedor” se vê, assim, permanentemente intimado à reinvenção, ainda que para seguir estacionário. Cambiando preferências e identidades sem quaisquer ancoragens estáveis, tanto materiais quanto simbólicas, esse sujeito “líquido” recusa qualquer compromisso “sólido” (Dardot e Laval, 2016; Chun, 2016; Bauman, 2021).

Essa neogestão pela identidade se desdobra em duas principais vertentes, que se confrontam intensamente no plano simbólico. De um lado, há a vertente progressista do neoliberalismo, que promove a realização pessoal e celebra a diversidade numa perspectiva de consumo e de afirmação individual, instrumentalizando demandas históricas como problemas e oportunidades de mercado. De outro, há a sua variante reacionária ou neoconservadora, que advoga uma noção radical e perigosa de “liberdade”, igualmente fundada em identidades, mas de base supremacista, chauvinista ou ortodoxo-

²⁹⁶ No Brasil, por exemplo, dados do Censo de 2022 reportam a existência de 580 mil estabelecimentos religiosos ativos, um número que, combinado, ultrapassa o total de escolas e hospitais, sendo a maior parte deles de afiliação neopentecostal (Pinhoni e Croquer, 2024). No entanto, o segmento evangélico que mais cresce é o dos “não determinados”, popularmente conhecidos como “desigrejados”, que se caracterizam por não frequentar locais físicos de culto, optando por experiências religiosas mediatizadas por televisão ou internet. No Censo de 2010, 9,2 milhões de brasileiros se incluíram nesta parcela, com predominância de jovens (Campos, 2017). Embora o Censo de 2022 ainda não tenha divulgado dados atualizados sobre este grupo, estimativas do DataFolha sinalizam um aumento substancial no seu contingente e uma queda relevante na frequência dos fiéis aos cultos neopentecostais institucionalizados. Nesse paradoxal processo de secularização, o misticismo, como condição humana, é preservado, mas não de uma forma institucionalizada e comunitária (Carrança, 2022; Balloussier, 2022; Mariano, 1999).

²⁹⁷ Iuama e Postali (2021) apontam a “gamificação” como um fenômeno recente por meio do qual as mecânicas dos jogos e das apostas passam a ser amplamente aplicadas às mais variadas camadas da vida social, para além do lazer ou do simples comportamento compulsivo, dos trabalhos por aplicativo às compras *on-line*, como uma estratégia de assimilação cultural progressiva dos valores neoliberais, reforçando a lógica de concorrência total. Além disso, Deleuze (2000) aponta, na racionalidade neoliberal, o declínio das velhas instituições disciplinares tão bem descritas por Foucault (1999) — presídios, escolas, manicômios, hospitais, fábricas etc —, em favor de um novo e singelo dispositivo de sujeição, baseado fundamentalmente na modulação produtora de endividamento financeiro e vício.

religiosa, hostil aos avanços — simbólicos — de minorias políticas. Ambas, no entanto, convergem para o reforço mútuo, ao alimentarem a percepção de risco recíproco e sustentarem uma mesma racionalidade econômica (Dardot *et al.*, 2021; Fraser, 2020).

Não por acaso a instrumentalização das identidades é uma prática compartilhada pelos polos dessa oposição schmittiana. O neoliberalismo progressista frequentemente reduz as minorias a clientelas eleitorais, encurtando ou mesmo esvaziando o potencial transformador de suas demandas universalistas, contrapondo-lhe um reformismo de baixa intensidade, de caráter simbólico ou baseado na reafirmação de dispositivos excludentes de meritocracia, que deixam intactas as engrenagens concentradoras da riqueza. Já o neoliberalismo reacionário mobiliza, sobretudo, a classe média e o proletariado em declínio, explorando o apelo dos valores tradicionais e fomentando o ressentimento contra minorias políticas, codificadas falsamente como a origem causal do seu mal-estar. Para enfrentar esse cenário, Dardot *et al.* (2021) e Fraser (2020) advogam a convergência das reivindicações identitárias em uma linguagem comum, fundamentada na igualdade universalista, a fim de evitar que as diferenças sejam instrumentalizadas como barreiras à formação de uma oposição unificada contra a violência e o autoritarismo neoliberais.

As guerras culturais e o identitarismo, portanto, não são meros desdobramentos acidentais da racionalidade neoliberal, sendo antes elementos constitutivos de sua operação fundamental²⁹⁸. Funcionando como um sistema dual, a governamentalidade neoliberal conjuga as forças conflitantes da incessante modernização, requerida pelo ajustamento contínuo da sociedade à volatilidade estrutural do mercado global, e da revitalização de estruturas tradicionais de dominação hierárquica, para suprimir mobilizações emancipatórias. Essa dialética atualiza velhas hierarquias e dispositivos de autoridade a partir de um equilíbrio estratégico e inflamável entre inovação e conservadorismo. E, portanto, não é surpresa que a judicialização das identidades seja um fenômeno central no contexto das estratégias neoliberais, especialmente em países periféricos (Dardot *et al.*, 2021).

Como se viu, o neoliberalismo, já em suas primevas raízes teóricas austro-americanas ou ordoliberais, jamais desprezou o papel central do direito e da burocracia estatal, instrumentalizando-os a serviço da estabilidade dos mercados e do

²⁹⁸ Como observa Lazzarato (2019), ao promover uma subjetividade disruptiva ou revolucionária, mas dissociada de uma prática efetivamente transformadora, essa governamentalidade individualista da diferença ou identitarismo despolitizado tem sua energia facilmente capturada e reinvestida pelo neoliberalismo, que converte expectativas emancipatórias legítimas em ressentimento, criando condições para a emergência de manifestações neofascistas, enquanto expressões de uma “revolução frustrada”.

entrincheiramento dos interesses das elites. O empoderamento progressivo de estamentos burocráticos converte o direito em um mecanismo de repressão social e de controle político, enquanto encurta o espaço para as disputas democráticas e para a politização dos antagonismos de classe.

Dardot *et al.* (2021) destacam a disseminação global do modelo americano e europeu de revisão judicial, particularmente em países da América Latina, Ásia e África, promovidos superficialmente como parte de um pacote de renovada democratização. Para os autores, no entanto, essa governança “tipo exportação” privilegiou, acima de tudo, a proteção aos direitos de propriedade, a promoção da concorrência, a remoção de barreiras ao livre fluxo do capital transnacional e a reafirmação das liberdades individuais, enquanto relegou os direitos sociais e econômicos a um plano inteiramente secundário. Esse arranjo, portanto, reduziu de forma drástica o potencial emancipatório dessas novas democracias, subordinando-as aos interesses de mercado e limitando sua capacidade de responder aos seus crescentes desafios sociais.

Dardot *et al.* (2021) reportam o caso do Brasil como um exemplo particularmente extravagante e nocivo desse fenômeno. Com efeito, no século XXI, não há grande impasse na Nova República que não tenha passado pelo Judiciário e, particularmente, pelo STF. O Tribunal protagonizou momentos decisivos de crise como o julgamento do Mensalão, a supervisão da Operação Lava-Jato, o veto à candidatura de presidentiáveis competitivos²⁹⁹ e a formulação de instrumentos de exceção constitucional, que, inicialmente justificados a pretexto de defesa da democracia³⁰⁰, acabaram sendo

²⁹⁹ Em agosto de 2018, o TSE declarou Luiz Inácio Lula da Silva inelegível com base na Lei da Ficha Limpa, por sua condenação em segunda instância em um processo criminal controverso, enquanto liderava com folga as pesquisas de intenção de voto. Com a sua saída forçada da disputa, Jair Bolsonaro consolidou-se como o principal candidato, aproveitando o vácuo deixado pelo ex-presidente. Anos depois, ao deixar a presidência, o próprio Bolsonaro teve a sua inelegibilidade decretada pelo TSE em duas ocasiões, ambas referendadas pelo STF. A primeira, em junho de 2023, ocorreu por abuso de poder político e uso indevido dos meios de comunicação, ao reunir embaixadores e atacar, sem provas, a integridade do sistema eleitoral brasileiro. A segunda, em outubro de 2023, decorreu do uso eleitoral das comemorações do Bicentenário da Independência, realizadas em 2022. Independentemente do mérito das condenações, é inegável que o judiciário brasileiro exerce um papel determinante de filtro de candidaturas, demonstrando inequívoca capacidade de veto até mesmo quanto postulantes com ampla base popular. Tais decisões, profundamente polarizantes, exercem um impacto considerável nos resultados eleitorais e na conformação do cenário político, a pretexto de proteger o eleitor de si mesmo. Além disso, relativizam o primado da presunção de inocência, na medida em que transferem a morosidade e inclinação à impunidade do sistema de justiça brasileiro aos próprios jurisdicionados, na medida em que impõem a capital inelegibilidade a partir de uma decisão colegiada, sem que tenha havido o trânsito em julgado condenatório (Poder 360, 2022; Vivas, 2023).

³⁰⁰ O caso mais rumoroso nesse particular foi o Inquérito das Fake News. Instaurado de ofício pelo STF em 2019, sob a presidência de Dias Toffoli, o Inquérito surgiu como uma resposta defensiva a alegados ataques à honra de membros da Corte e seus familiares. Seu primeiro ato foi a censura de reportagens da revista *Crusoé* e do site *O Antagonista*, que mencionavam o próprio ministro Toffoli em supostos escândalos

incorporados de forma permanente aos seus procedimentos de “democracia militante”. Esse protagonismo sem paralelos, além de repercutir gravemente sobre a legitimidade da Corte perante a opinião pública, consolidou um modelo de judicialização com implicações duradouras sobre o equilíbrio do sistema político brasileiro.

Dardot *et al.* (2021) pontuam que, no Brasil, se consolidou um sistema judicial excessivamente empoderado, que se apresenta como técnico e neutro, mas que, na prática, é abertamente politizado. Referindo-se especificamente à prática de *lawfare* na desestabilização de governos e lideranças do Partido dos Trabalhadores no contexto da Operação Lava Jato³⁰¹, os autores argumentam que essa dinâmica compromete a autonomia da sociedade civil, limitando sua capacidade de ação política e de contestação frente às estruturas de poder.

Com efeito, a intersecção entre o neoconstitucionalismo e o neoliberalismo, longe de ser um fenômeno fortuito, traduz uma convergência estratégica pouco animadora sobre os potenciais dessa nova governança constitucional. Essa simbiose contribui para a erosão progressiva da soberania popular e para a fragmentação dissolutória das lutas emancipatórias. Reduzindo a democracia a mera técnica de gestão, essa racionalidade privatiza a representação sob uma feição corporativista³⁰² e rebaixa os desafios sociais a

ligados à Lava Jato. A censura judicial gerou fortes críticas, por restringir a liberdade de imprensa e o direito à informação. Com o tempo, ampliou-se gradualmente o escopo do Inquérito, que se transformou em um instrumento central de contenção às investidas antidemocráticas do governo Jair Bolsonaro, abrangendo a disseminação de desinformação, ameaças às instituições e a organização de atos antidemocráticos. Em face dessa contingência, setores antes críticos ao Inquérito passaram, nessa nova fase, a endossá-lo. No entanto, desde a sua origem, tal investigação enfrentou críticas substanciais sob diferentes perspectivas. Primeiramente, questionou-se a sua instauração de ofício, já que, para preservar sua imparcialidade, os tribunais não devem, como regra, deflagrar e liderar investigações por iniciativa própria. A oposição à medida por parte do Ministério Público — órgão constitucionalmente incumbido da acusação e, à época, chefiado pela Procuradora-Geral Raquel Dodge — amplificou os questionamentos nesse particular. Além disso, a ausência de delimitação clara e prévia do objeto a ser investigado permitiu que o Inquérito avançasse sobre diversos fatos não necessariamente conexos, de forma sigilosa, prejudicando a transparência e o controle da investigação, com limitações ao exercício da defesa técnica. Essa indefinição possibilitou, ainda, uma atuação expansiva e generalista da jurisdição do relator, o ministro Alexandre de Moraes — indicado ao posto diretamente pelo então presidente do STF, à margem do sistema eletrônico de sorteio de relatorias —, que prorrogou indefinidamente o expediente, que, por lei, deveria se sujeitar a prazo certo e breve de conclusão. Assim, tal designação *ad hoc*, somada à ausência de critérios objetivos para a conexão entre os variados casos investigados, levantou dúvidas sobre o princípio do juiz natural, a centralização excessiva de poderes, a observância às prerrogativas constitucionais da defesa e a imparcialidade do relator da condução do Inquérito (Martins, 2024; CNN Brasil, 2023).

³⁰¹ Para os autores, o uso do sistema jurídico como arma política estratégica (*lawfare*) descortina o papel do judiciário na debilitação de governos progressistas e na instalação do reformismo neoliberal. Nessa empreitada, a judicialização não apenas promove um projeto político alternativo, mas também opera, simultaneamente, sob o disfarce da despolitização, camuflando sua investida desestabilizadora sob o manto da neutralidade legal (Dardot *et al.*, 2021).

³⁰² A expansão do “terceiro setor” não deixa de ilustrar esse deslocamento das bases da representação política. Progressivamente, a legitimidade deixa de assentar-se no consentimento público — articulado pelo sufrágio e por sua natureza publicista — para assumir uma feição corporativa, concorrencial, fundada em critérios de performance, eficiência e capacidade de entrega mensurável. Nesse cenário, a representação

meros problemas de mercado. Somado ao declínio da crença intergeracional no progresso³⁰³, essa institucionalidade alienante, que reifica a humanidade, produz severos abalos à crença na superioridade moral da democracia.

As transformações na forma de governo e na subjetividade neoliberal radicam-se na ampla reestruturação produtiva que assinalou a passagem do regime fordista ao pós-fordista — movimento que reconfigurou, em escala global, não apenas a organização econômica, mas também as estruturas de sociabilidade, os dispositivos de poder e os modos de constituição do sujeito. Compreender tal deslocamento é condição indispensável para apreender a gênese material das racionalidades políticas e jurídicas próprias do neoliberalismo.

Ao examinar as principais transformações do mundo fordista para o mundo neoliberal, Harvey (1992) argumenta que o primeiro foi caracterizado por um modelo de produção industrial assentado na padronização, na estabilidade e na economia de escala. A lógica da produção em massa baseava-se na fabricação de grandes quantidades de bens homogêneos, com processos rígidos e fortemente integrados verticalmente, em que as grandes corporações controlavam todas as etapas da produção — do fornecimento de matérias-primas à distribuição ao consumidor final. Essa estrutura hierárquica e centralizada buscava reduzir custos por meio do controle dos salários e da disciplina do trabalho. O sistema econômico era, assim, sustentado pela relativa estabilidade dos mercados de massa, assegurada pelo crescimento do consumo e pela expansão do poder de compra dos trabalhadores, nas políticas keynesianas.

No campo das relações de trabalho, o fordismo implicava uma divisão rígida de tarefas, com funções específicas, repetitivas e pouco criativas. O trabalhador era treinado

passa a operar menos como expressão de uma vontade coletiva e mais como disputa entre atores capazes de demonstrar resultados, captar recursos e atrair visibilidade. Não surpreende, portanto, que as legislaturas, cada vez mais constrangidas por amarras fiscais, delegações tecnocráticas e arranjos supranacionais, vejam sua capacidade de reconfiguração substantiva do sistema político significativamente reduzida. Diante desse esvaziamento, reforça-se a tendência à espetacularização da política, com parlamentos convertidos em arenas de alto impacto simbólico e baixo alcance estrutural, na qual o ganho performático se sobrepõe ao compromisso transformador..

³⁰³ Przeworski (2020) posiciona o declínio da crença intergeracional no progresso como um dos determinantes da atual crise democrática. Historicamente, a expectativa de melhoria nas condições de vida funcionou como um pilar fundamental para a estabilidade social, sendo o seu expoente mais notório o *american way of life*. Contudo, ao longo das últimas cinco décadas, essa expectativa sofreu um declínio acentuado e significativo. A despeito dos avanços notáveis em produtividade propiciados pela tecnologia, a governança neoliberal contribuiu para a estagnação salarial, por meio da eliminação de empregos intermediários, da desregulamentação do fluxo global de capitais, da desindustrialização nos países desenvolvidos — impulsionada por um modelo competitivo de produção *off-shore* — e do enfraquecimento dos sindicatos. O saldo desse processo, após ciclos efêmeros de crescimento, foi a estagnação generalizada do crescimento econômico e uma erosão crescente da confiança social nas instituições da democracia liberal.

para executar poucas operações dentro da rígida linha de montagem, e o aumento da produtividade era acompanhado de empregos estáveis e razoavelmente remunerados, com contratos de longo prazo. Havia, portanto, uma espécie de pacto social entre capital, trabalho e Estado, em que os ganhos salariais eram economicamente compensados por aumentos na produtividade. O Estado assumia um papel central no fomento, na regulação econômica e na promoção do bem-estar social, moldando uma subjetividade alinhada à ordem industrial (Harvey, 1992).

Espacialmente, o fordismo favoreceu a concentração urbana e industrial, estruturando grandes complexos produtivos centralizados e articulados a uma infraestrutura pública de transporte e habitação voltada à classe trabalhadora. Essa configuração territorial favorecia a organização sindical e a formação de uma identidade de classe relativamente coesa, ancorada na estabilidade do emprego e na sociabilidade urbana. No plano internacional, o regime fordista se consolidou sob a hegemonia dos EUA, que, ao instituírem o padrão ouro-dólar como referência do sistema multilateral de Bretton Woods, garantiram a estabilidade monetária necessária à expansão global do capitalismo industrial (Harvey, 1992; Jameson, 1991).

Já no plano cultural, o mundo fordista expressou valores típicos da modernidade: racionalidade técnica, planejamento, ideologia do progresso civilizatório, homogeneização cultural e confiança na ciência e na produção material. O consumo era padronizado e previsível e os produtos simbolizavam uma sociedade estável e hierárquica, orientada pela eficiência, pela uniformidade e pela crença no progresso contínuo. No entanto, esse modelo começou a entrar em crise já nos anos 1960, quando as tensões sociais e políticas revelaram os seus limites³⁰⁴ (Harvey, 1992; Jameson, 1991).

Por sua vez, o mundo pós-fordista ou neoliberal, que emergiu dessa crise de governamentalidade, inaugurou uma nova fase de acumulação capitalista marcada pela flexibilidade, pela generalização da concorrência social e pela globalização financeira. Esse regime de acumulação flexível substituiu as economias de escala pelas economias de escopo, baseadas na produção de pequenos lotes de bens diferenciados e adaptados a

³⁰⁴ Para Chamayou (2020), a virada neoliberal emergiu como uma reação autoritária das elites econômicas e políticas à percepção de “ingovernabilidade social” que marcou as décadas de 1960 e 1970, quando trabalhadores, movimentos sociais e setores populares passaram a desafiar abertamente as hierarquias tradicionais e as formas consolidadas de dominação no Estado e nas empresas. Em diagnóstico convergente, Harvey (2008) interpreta tal ruptura como um projeto político de restauração e consolidação do poder de classe, articulado pelas elites econômicas e financeiras para recompor as bases de sua hegemonia após as crises que desestabilizaram o compromisso social-democrata.

demandas particularistas³⁰⁵. A introdução de tecnologias digitais e de sistemas de produção *just-in-time* reduziu os estoques e permitiu ajustar a produção de maneira dinâmica. Segundo Harvey (1992), esse novo modelo implicou o declínio da verticalização típica das grandes corporações fordistas e o ressurgimento de antigas formas de organização produtiva, baseada em pequenas oficinas, que passaram a se articular em redes arquipelágicas de unidades produtivas interconectadas.

Pequenas e médias empresas ou mesmo oficinas informais passaram a integrar cadeias de valor organizadas e coordenadas por grandes corporações transnacionais, que deixaram de atuar como produtoras diretas para assumir o papel de centros de comando e gestão da produção, responsáveis por articular e controlar os fluxos globais de capital, matéria-prima, tecnologia e informação. Desse modo, o capital concentrou o poder estratégico, enquanto a produção material foi descentralizada e subcontratada, num sistema flexível e fragmentado. Esse processo de horizontalização produtiva implicou, ademais, a externalização em larga escala de diversos serviços antes internos às fábricas — como manutenção, transporte, alimentação, limpeza e suporte técnico —, cujos trabalhadores passaram a compor o novo “precariado” dos serviços, marcado pela instabilidade, pela baixa remuneração e pela erosão da proteção social³⁰⁶.

³⁰⁵ A economia de escopo, o microdirecionamento mercadológico (*microtargeting*) e a crise das instituições disciplinares tradicionais — substituídas com eficácia pelos dispositivos flexíveis das finanças e da concorrência — parecem articular-se de forma estreita, no plano das condições infraestruturais e materiais, à emergência do discurso multiculturalista. Essa convergência sugere que a gestão identitária, sem necessariamente representar uma ruptura emancipatória, pode operar ideologicamente de forma compatível com o novo regime de acumulação, traduzindo a diversidade em diferencial de mercado e ajustando as subjetividades às exigências de um capitalismo cada vez mais fragmentado, flexível e personalizado.

³⁰⁶ No caso brasileiro, Saad Filho e Moraes (2018) descrevem uma dinâmica semelhante. Os autores mostram que a transição neoliberal — conduzida ao longo dos governos Collor, Fernando Henrique Cardoso, Lula e seguintes —, foi acompanhada por um processo de desindustrialização persistente e de “especialização adversa”, caracterizado pela criação de milhões de empregos mal remunerados e pela deterioração das condições de trabalho. Destacam, ainda, como efeitos da abertura comercial e financeira, a reprimarização da economia e a expansão do setor de serviços, cuja oferta se concentra majoritariamente em ocupações de baixa qualificação e limitada proteção social. Para os autores, esse quadro consolidou uma “armadilha de especulação e estabilização”, na qual o crescimento do PIB se tornou anêmico e volátil, e a economia passou a depender de influxos externos de capital para estabilizar o câmbio e financiar seus déficits estruturais. A manutenção de juros elevados, conduzida por uma burocracia monetária autônoma, exerce papel decisivo nesse processo: ao favorecer a rentabilidade financeira e encarecer o crédito produtivo, o Banco Central desestimula o investimento industrial, reprimariza a estrutura produtiva e amplia o contingente de trabalhadores precarizados. Não por acaso, Slobodian (2018) interpreta o neoliberalismo como um substituto funcional do antigo arranjo imperialista, dada sua capacidade de preservar a divisão internacional do trabalho segundo a lógica colonial, agora mediada pelos dispositivos das finanças globais, e não mais pelo oneroso aparato político-militar de outrora. Essa configuração aprofunda a hegemonia do capital financeiro, mantendo economias periféricas, como a brasileira, presas a um padrão exportador de *commodities* e a um crescimento dependente, instável e excludente. Nesse contexto, torna-se possível compreender o paradoxal avanço de discursos ideológicos de rejeição à CLT, especialmente entre os segmentos mais jovens (e mais precarizados), em meio a uma aparente expansão do emprego e do PIB, sustentada, contudo, por ocupações destituídas de proteção efetiva. Tais discursos não traduzem necessariamente uma recusa à proteção social em si, mas antes um rechaço à insegurança

No âmbito do trabalho, o pós-fordismo trouxe profundas transformações. A ênfase na polivalência e na aprendizagem contínua substituiu a especialização rígida do modelo educacional tradicional. Essa aparente autonomia veio acompanhada, contudo, de precarização, insegurança e desarticulação sindical: o mercado de trabalho passou a ser segmentado, com um núcleo restrito de trabalhadores estáveis e bem remunerados e uma periferia ampliada de temporários, autônomos e terceirizados, descobertos de garantias social-securitárias básicas³⁰⁷. As relações de trabalho tornaram-se mais individualizadas, em consonância com as políticas neoliberais e a dissolução do pacto que havia sustentado o *welfare* fordista.

Espacialmente, o pós-fordismo promoveu uma descentralização produtiva em escala global. As fábricas abandonaram os grandes centros industriais e se dispersaram por diferentes regiões e países, buscando custos mais baixos e mão de obra flexível, na produção *off-shore*. Essa dispersão intensificou a competição predatória inter-regional e interurbana, levando cidades e países a disputarem investimentos por meio de incentivos fiscais e políticas de infraestrutura voltadas à atração de capitais. O papel do Estado, por sua vez, sofreu uma profunda transformação, deslocando-se da função de provedor direto para a de um “Estado empreendedor”, responsável por engendrar privatizações, desregulamentações e parcerias público-privadas que mercantilizam de forma abrangente os serviços públicos essenciais.

Culturalmente, a transição para o pós-fordismo correspondeu ao surgimento de uma cultura pós-moderna marcada pela efemeridade, pelo pastiche, pela colagem de fragmentos desarticulados e pela ampla estetização da vida cotidiana³⁰⁸. A estabilidade

estrutural engendrada pelo desmonte neoliberal dos direitos trabalhistas, que esvaziou de sentido os mecanismos institucionais de amparo ao trabalho, convertendo-os em instrumentos de tutela voltados aos interesses patronais.

³⁰⁷ Esse processo de compressão das classes médias, que mina seus mecanismos de reprodução social e se articula à expansão das massas empobrecidas e à concentração crescente de riqueza nas elites, constitui um elemento estrutural da racionalidade neoliberal, cuja lógica intrínseca é concentradora. Essa dinâmica alimenta uma espiral de frustração e ressentimento coletivo, habilmente convertida por lideranças populistas em recurso político de legitimação, ao transmutar o mal-estar produzido pela própria ordem neoliberal em energia simbólica que, paradoxalmente, reafirma sua hegemonia (Harvey, 2018; Przeworski, 2020). Não surpreende, portanto, que a democracia enfrente solavancos, especialmente nos países desenvolvidos: como advertira Tocqueville (2019), tal regime floresce em um tecido social relativamente igualitário, sustentado por uma farta classe média, que garanta a moderação dos conflitos e a estabilidade das instituições. À medida que o neoliberalismo corrói essa base material, substituindo a igualdade cívica por desigualdade estrutural e extrema, a própria base social que sustentava a democracia entra em colapso.

³⁰⁸ Benjamin (2018) associa diretamente a estetização da política à emergência do fascismo, interpretando-a como sintoma da incapacidade das elites políticas de responderem às demandas sociais em meio às crises do capitalismo. O fascismo, observa o autor, oferece às massas a possibilidade de expressão, mas sem conceder-lhes, no entanto, poder real de transformação, rebaixando a participação política a espetáculo estético. Dessa forma, o desejo de intervenção coletiva é canalizado para a adoração da performance, da técnica, da guerra e do líder narcisista, enquanto as relações de dominação permanecem intactas. Marchas,

racional e funcional do fordismo cedeu lugar à instabilidade, ao espetáculo e à valorização do fugidio. O consumo compulsivo tornou-se um meio de expressão identitária e simbólica, impulsionado por estratégias de marketing e pela lógica da diferenciação incessante³⁰⁹. A sociedade passou a celebrar modismos passageiros, a novidade e a personalização, espelhando, em seu corpo, o mesmo princípio da flexibilidade onipresente que rege a economia (Harvey, 1992; Jameson, 1991).

No plano econômico, aliás, assistiu-se à ampla desvalorização do capital produtivo em favor da conseguinte valorização das finanças especulativas, o que reforça o enquadramento do capitalismo não apenas como sistema de produção, mas, sobretudo, como um regime de dominação³¹⁰. Chamayou (2020), a propósito, argumenta que, diante da crise de autoridade do fordismo, o capitalismo transferiu seu eixo de controle das instituições disciplinares tradicionais para a esfera financeira, instaurando um novo regime de gestão social, onipresente e indiferente a qualquer injunção ética, fundada na autovigilância e no endividamento.

Segundo Lazzarato (2019), as políticas sociais da Nova Esquerda, fundadas no “socialismo do cartão de crédito” e na inclusão financeira, transformaram os pobres em “homens endividados”, instaurando uma disciplina neoliberal que, ao substituir a organização coletiva por um individualismo despolitizante, produziu uma subjetividade adaptada às exigências do mercado e preparou o terreno para o avanço do neofascismo.

Para Chamayou (2020), os mercados e o seu frenesi de índices — câmbio, ações, juros etc — tornaram-se mecanismos impessoais de coerção, um rolo compressor que parte do investidor e alcança gestores, trabalhadores e o próprio governo, impondo a lógica da rentabilidade e da concorrência à totalidade da vida social. Refém dos fluxos de capital para financiar seu custeio, o Estado passa a governar segundo as expectativas dos mercados, esvaziando os potenciais da institucionalidade democrática. Essa

desfiles, filmes de propaganda e, mais recentemente, maneirismos, arroubos e exotismos nas telas digitais ilustram essa política como linguagem estetizada, em que a emoção substitui o pensamento crítico e a guerra desponta, cedo ou tarde, como a suprema consumação estética. Em contraponto, Benjamin (2018) propõe a politização da arte — o emprego dos meios estéticos em favor da emancipação e da crítica social, transformando a arte em instrumento de ação histórica, e não de contemplação passiva. Essa lógica de estetização do poder reaparece no atual regime de política-espetáculo, em que lideranças midiáticas — os chamados políticos *influencers*, que campeiam todos os espectros ideológicos — substituem a deliberação pública pela performance e o debate pelo cálculo imagético, engajando-se em interações unidimensionais e antidialógicas, que privilegiam a visibilidade sobre o conteúdo e a autopromoção sobre o endereçamento das demandas populares.

³⁰⁹ Freud (2011), no Entreguerras, já antecipava o poder mobilizador desse crescente “narcisismo das pequenas diferenças”.

³¹⁰ Na linha do que sempre foi defendido pela crítica marxista (Marx, 2017).

governamentalidade financeira exige uma flexibilidade permanente, não como horizonte emancipador, mas como o novo signo da dominação.

Essas transformações abrangentes não apenas alteraram a lógica da produção, mas também reconfiguraram o próprio campo político-jurídico, abrindo caminho para o protagonismo crescente do Poder Judiciário. A transição do mundo fordista — estável, padronizado, verticalizado e regulado — para o neoliberalismo — contingente, fluido, descentralizado e flexível — produziu inflexões profundas no direito. Antes sustentado pela centralidade legislativa e pela racionalidade positivista, o campo jurídico se “desformalizou”, passando a operar sob uma gramática densamente valorativa e interpretativa. O empoderamento judicial, nesse contexto, expressa a adaptação institucional do Estado à lógica de ajuste contínuo e à incerteza estrutural que presidem o capitalismo pós-industrial.

No fordismo, a racionalidade jurídica refletia a própria infraestrutura econômica: um direito centralizado, hierárquico e formalista, guiado pelo positivismo, que concebia o ordenamento como um sistema coeso e fechado, orientado à estabilidade e à previsibilidade dos contratos e negócios, à semelhança da produção fabril em série. A legislatura, composta majoritariamente por elites, detinha o monopólio da criação normativa, e a lei escrita, produto da deliberação política formal, exercia ampla primazia sobre a jurisdição.

Todavia, com a ascensão do neoliberalismo, essa estrutura se tornou disfuncional. O capitalismo flexível, global e financeirizado dissolveu as formas tradicionais de regulação e substituiu a segurança das regras pela plasticidade das práticas contingentes. O direito acompanhou rapidamente essa inflexão, deslocando-se do modelo canônico da subsunção para a heterodoxia da ponderação, transferindo a centralidade das normas gerais para os princípios e para o decisionismo orientado das elites burocráticas. Essa mutação, bem captada pelo neoconstitucionalismo, traduz em termos jurídicos a lógica de descentralização e variabilidade que alicerça o regime de acumulação pós-fordista tão bem descrito por Harvey (1992) e Jameson (1991).

O protagonismo judicial não constitui um fenômeno isolado, portanto, mas o reflexo institucional da reorganização neoliberal, em que a rigidez do direito positivo cedeu lugar à plasticidade interpretativa e à centralidade decisória de burocracias insulares. Esse empoderamento decorre, ademais, da fragmentação das instâncias governamentais, intensificada pela universalização do sufrágio e pela difusão do sistema político, que tornaram o processo decisório mais heterogêneo e incerto. À medida que as

instâncias eleitas perderam capacidade de coordenação social, o judiciário avoca para si a autoridade normativa, intervindo cada vez mais na definição das regras do jogo político e econômico, raramente molestando os interesses das classes dominantes. É desse arranjo que emerge a normalização da figura do juiz como agente criativo de uma normatividade que, embora casuística, é amplamente funcional à lógica da acumulação neoliberal.

O crescente envolvimento das massas na política — que, no Brasil contemporâneo, ganhou força com as Jornadas de Junho de 2013 — não resultou de inevitabilidades históricas e poderia ter seguido um caminho muito distinto, sem assumir sua conformação autoritária atual. Caso o sistema político tivesse interpretado esses acontecimentos como uma oportunidade para fomentar práticas institucionais mais inclusivas e promissoras de participação social, o populismo autoritário que emergiu dessa energia social teria sido privado de sua arma mais poderosa: o ressentimento coletivo³¹¹.

Diante desse quadro, cabe problematizar os limites e os riscos dessa hipertrofia do judiciário, que, ao mesmo tempo em que se apresenta como guardião dos direitos, se inclina ao posto de fiador elitista da racionalidade neoliberal. Essa preocupação não é premida por mera ortodoxia anacrônica quanto à separação de poderes: a judicialização excessiva da política compromete a autonomia das instâncias deliberativas e restringe o espaço para a formação de consensos amplos e estáveis, baseados na díade do consentimento e da responsabilidade, própria do jogo democrático. O modelo neoconstitucional, ao enfatizar a ponderação e a fluidez dos princípios jurídicos, maximiza a discricionariedade judicial, ampliando os riscos de decisões atravessadas por opacos vieses elitistas, sem que haja contrapesos institucionais capazes de garantir sua transparência e *accountability*.

Assim, se a promessa empolgante do neoconstitucionalismo era converter o direito num vetor de transformação social, a sua apropriação pela racionalidade neoliberal

³¹¹ Kehl (2020) analisa como populistas exploram o ressentimento coletivo. Segundo a autora, a luta política exige um compromisso direto e proativo com a mudança social, caracterizando-se pela ação e responsabilidade, com metas definidas para enfrentar e resolver injustiças de forma tangível e duradoura. Em contraste, o ressentimento compõe-se de uma constelação de “paixões tristes”, como o rancor e o desejo de vingança, produzindo um estado de ruminação passiva e de envenenamento psíquico, que é campo fértil para a manipulação populista. O ressentido, para manter a integridade do seu narcisismo, atribui a responsabilidade por suas frustrações a poderosas forças externas, perpetuando um ciclo de vitimização interminável. Esta vingança perpetuamente adiada embute uma forma singular de gozo, ao isentar o ressentido de reconhecer a sua própria covardia moral, liberando-o de qualquer senso de responsabilidade por seu próprio destino. As políticas de ressentimento, dessa forma, bloqueiam o engajamento cívico, fixando o indivíduo em seus queixumes e reclamações, enquanto a luta, em toda a sua positividade, intima um papel ativo na criação coletiva de novas utopias.

apontou para a necessidade de uma revisão crítica dos seus fundamentos e real legado. Um dos desafios contemporâneos reside precisamente em resgatar o potencial emancipatório do constitucionalismo, revalorizando o Estado Democrático de Direito e a independência judicial sem incorrer na armadilha da despolitização e do esvaziamento das instâncias democrático-representativas. Para tanto, é premente repensar o papel da magistratura e a sua relação com as demais esferas de poder, garantindo-se que a sua atuação contribua para o fortalecimento da participação popular e não para a legitimação de uma ordem excludente, cada vez mais infensa às ruas.

CAPÍTULO 4 - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA EM NÚMEROS: CONFRONTANDO O STF COM SEU LEGADO CONCRETO

“A constitucionalização dos direitos e o consequente estabelecimento do controle de constitucionalidade são amplamente percebidos como medidas de difusão do poder, frequentemente associadas a valores liberais ou igualitários. Como consequência, os estudos sobre suas origens políticas tendem a retratar sua adoção como um reflexo de mudanças sociais ou políticas ‘progressistas’, ou simplesmente como fruto da devoção das sociedades ou dos políticos a uma noção “substancial” de democracia e à celebração acrítica dos Direitos Humanos. No entanto, a maioria das suposições sobre os efeitos garantistas e redistributivos da constitucionalização, bem como aquelas sobre as suas origens predominantemente benevolentes e progressistas, permanece, em larga medida, não testadas empiricamente e bastante abstratas” (Hirschl, 2004, p.2-3, em tradução livre).

A expansão contemporânea da autoridade judicial tem sido amparada por um poderoso discurso de legitimação: as cortes constitucionais exercem uma função contramajoritária indispensável à proteção dos direitos fundamentais e à preservação da ordem constitucional. Sob tal manto, tem-se admitido, com notável frequência, a crescente relativização da autoridade dos poderes eleitos, sob o argumento de que a democracia deva ser temperada por instâncias “técnicas” e “neutras”, presumidamente imunes às pressões e contingências da arena política. Tal discurso, contudo, raramente é submetido a um mínimo de escrutínio empírico.

É certo que o Poder Legislativo, em sua origem histórica, tampouco emergiu da “vontade geral”. Suas raízes remontam, na Modernidade ocidental, a um arranjo igualmente aristocrático, firmado entre o baronato feudal e a Coroa inglesa, cujos primeiros marcos foram a Magna Carta de 1215 e, posteriormente, os parlamentos medievais. Esses eventos, ainda distantes do ideal de representação democrática, inauguraram, porém, o princípio fundamental da limitação do poder soberano e da necessidade de consulta aos governados. Além disso, ao longo dos séculos, o modelo evoluiu para instituições eleitas e periodicamente renováveis, que dispõem — com todas as suas imperfeições — de mecanismos minimamente funcionais de *accountability* social.

Igualmente herdeira dos círculos cortesãos, a jurisdição, em contraste, segue absolutamente alheia à responsabilização política e atua sob o manto da independência funcional — princípio essencial e ínsito a qualquer dos poderes, mas que, não raro, é sacado de modo a restringir a transparência e a limitar o controle público sobre as decisões pretorianas. Esse contexto torna ainda mais necessário o exame crítico dos mecanismos

de legitimação e contenção da autoridade judicial, a fim de evitar que a independência dos tribunais se converta numa forma crescente de soberania togada, progressivamente dissociada da sociedade civil e dos seus dispositivos de compromisso político e responsabilização.

Nessa trilha, o presente Capítulo tem por objetivo submeter o desempenho do STF a um exame empírico sistemático, confrontando a retórica da função contramajoritária com seus efeitos concretos sobre a distribuição de poder e a efetividade dos catálogos promissórios de direitos. Para tanto, foi construída uma base de dados original com todas as ADPFs julgadas pelo STF até 31 de julho de 2024, a partir do repositório institucional de decisões disponível no sítio oficial da Corte³¹².

As ações foram, então, organizadas em planilha eletrônica³¹³ e ordenadas por seu número processual sequencial. Cada ADPF teve sua petição inicial, eventual medida cautelar e decisão final examinadas por leitura humana, com a extração e sistematização de variáveis básicas de identificação e conteúdo — como a categoria institucional do legitimado ativo, o tipo de ato impugnado, a existência de medida liminar e o seu resultado processual final.

Além das variáveis descritivas, foram incorporados elementos analíticos de natureza qualitativa, obtidos por leitura integral dos autos, como (1) uma descrição sintética da controvérsia de fundo, (2) a classificação quanto ao caráter contramajoritário do litígio, (3) a natureza dos direitos em disputa (liberdades negativas e/ou liberdades positivas), (4) a orientação *in casu* do autor quanto à defesa de grupos vulneráveis ou sub-representados, (5) o grau de alinhamento do STF a tais interesses e (5) o desfecho formal do processo. A planilha resultante — elaborada ao longo de aproximadamente doze meses de leitura, codificação manual e checagem — consolidou 900 processos e foi submetida a verificações de consistência interna (eliminação de duplicatas, padronização de rótulos, recheagem e coerência temporal). O arquivo final consolidado encontra-se disponível para consulta *on-line*³¹⁴, permitindo testes de replicabilidade e verificação independente dos resultados.

³¹² A fonte primária dos dados encontra-se disponível para consulta pública a qualquer cidadão na página de transparência do STF, em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. O acesso foi realizado em 31 jul. 2024, às 13h40.

³¹³ A base foi estruturada em planilha do tipo Excel (.xlsx), contendo variáveis quantitativas e qualitativas extraídas dos processos, o que permitiu a sistematização, a qualificação e o tratamento estatístico dos dados colhidos.

³¹⁴ Disponível em: <https://www.mediafire.com/file/qvxxrh0nqg18daz/ADPFs+judgadas+até+23-07-2024.xlsx/file>. O upload do arquivo foi realizado em 6 nov. 2025, às 18h40.

Partido desse horizonte, o presente Capítulo se organizará em quatro Seções, a saber: a primeira (4.1) examina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) como instrumento de expansão política e institucional do STF; a segunda (4.2) delimita as categorias de análise — liberdades negativas e positivas — que fundamentaram a classificação das decisões examinadas; a terceira (4.3) descreve o desenho metodológico e os resultados empíricos obtidos; e a quarta (4.4) relaciona a expansão do controle concentrado no STF à fragmentação partidária e ao consequente empoderamento do STF no sistema político da Nova República. Encadeadas, essas seções buscarão construir uma leitura crítica e empiricamente informada da atuação concreta do STF, que é o ponto de partida para a análise desenvolvida nas páginas seguintes.

4.1 A ADPF e o fortalecimento do papel político-institucional do STF

As transformações promovidas pela Constituição de 1988 reforçaram de forma significativa o modelo abstrato e concentrado de controle de constitucionalidade, consagrado principalmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em detrimento do já secular, disperso e até então inoperante controle difuso. Esse fortalecimento marcou uma mudança estrutural no papel do STF, que passou a exercer de modo centralista a função de “guardião” da Constituição, assegurando a unidade e a supremacia da ordem constitucional por meio de decisões dotadas de eficácia geral e efeito vinculante (Barroso, 2012; Mendes, 2008).

Contudo, segundo Mendes (2008), na década de 1990, mesmo com o fortalecimento do controle concentrado, ainda persistia uma ampla zona lacunosa nesse modelo, que deixava sem cobertura controvérsias relativas ao direito pré-

constitucional³¹⁵, à legislação municipal³¹⁶, às decisões judiciais³¹⁷ e aos demais atos — ou mesmo omissões³¹⁸ — do poder público. Isso porque as “ações diretas” então existentes restringiam-se à apreciação da legislação federal e estadual promulgada após a Constituição de 1988, não abrangendo, portanto, de forma ampla e efetiva, o conjunto dos comportamentos estatais potencialmente capazes de afrontá-la.

Nesse cenário lacunoso, ganhou relevo o debate sobre a regulamentação da ADPF — já prevista na Constituição de 1988 desde a sua promulgação, mas até então inaplicável por falta de regulamentação. A partir das discussões conduzidas essencialmente por elites

³¹⁵ O raciocínio jurisprudencial do STF era bastante simples e direto: uma lei anterior à Constituição de 1988 não poderia ser considerada desconforme com seu texto, pois a inconstitucionalidade é um vício congênito — ou seja, uma norma nasce ou não inconstitucional, não podendo adquirir tal condição posteriormente. Assim, quando uma lei originalmente compatível com a ordem constitucional torna-se incompatível em razão da superveniência de um novo parâmetro constitucional, não se trata de nulidade por vício de inconstitucionalidade, mas, sim, de revogação (ou não recepção), com fundamento no princípio da superioridade normativa (*lex superior derogat legi inferiori*). Nessa hipótese, a análise — de mera vigência ou não — caberia à adjudicação ordinária do conflito aparente de normas, a cargo de qualquer juiz ou tribunal. Tal dinâmica, contudo, acabou gerando uma multiplicidade de entendimentos divergentes e ampliando o grau de incerteza e ruído do ordenamento jurídico, o que, por sua vez, aproveitou à tendência expansiva do STF, agora pela via da ADPF (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023).

³¹⁶ As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) possuem alcance restrito às leis e atos normativos de natureza federal e estadual editados após a promulgação da Constituição de 1988, o que deixa de fora os atos normativos municipais e normas pré-constitucionais. Já as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) apresentam um espectro ainda mais limitado, aplicando-se exclusivamente à legislação federal (Barroso, 2012).

³¹⁷ Mendes (2008), juiz do STF, ao comentar o histórico da regulamentação da ADPF, cita a necessidade de dar uma resposta rápida ao que nomeou como “guerra de liminares”, em que vários juízos ou tribunais, diante de atos de governo ou de gestão, adotam decisões eventualmente conflitantes em todo o território, em processos atomizados de jurisdição. Aqui, revela-se o caráter abertamente centralizador dessa ação no campo mais amplo das políticas públicas. A ADPF, de fato, permite a pronta avocação indireta, em termos práticos, de qualquer tema em julgamento no moroso e labiríntico sistema judicial brasileiro, aumentando o poder de agenda e de coordenação cupular do STF.

³¹⁸ Para enfrentar a inércia legislativa na regulamentação de direitos constitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Esse instrumento, contudo, possui um campo de incidência restrito, destinando-se apenas aos casos em que há um dever constitucional expresso de legislar, isto é, quando a própria Constituição de 1988 impõe aos poderes públicos a obrigação de editar determinada norma, não raro fixando prazos específicos para seu cumprimento. Mesmo que julgada procedente, a ADO ainda possui efeitos limitados, dado que o Constituinte seguiu fiel ao cânone de separação dos Poderes. Conforme o seu art. 103, §2º, o STF deve apenas notificar o Poder competente para que adote as providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, fixar o prazo de trinta dias para o cumprimento da decisão. Assim, o provimento jurisdicional se restringe ao reconhecimento da mora legislativa, funcionando como um apelo formal ao legislador, sem impor, de modo vinculante, a produção normativa requerida. Por essa razão, a ADO assumiu papel secundário e de eficácia reduzida na prática da jurisdição constitucional brasileira. Além disso, a omissão passível de controle por essa via tradicionalmente se limitava à falta de edição de norma geral e abstrata, não abrangendo outras formas de inércia estatal, como a negligência na implementação de políticas públicas ou a omissão administrativa na concretização de direitos fundamentais. Nesse contexto, a ADPF passou a ser empregada como instrumento de maior alcance, apto a suprir lacunas normativas e institucionais decorrentes da inação estatal. Prevista para impugnar “atos do poder público”, a ADPF foi interpretada pelo STF de modo a compreender também a omissão *lato sensu* como uma espécie de ato — ou seja, como um comportamento negativo do Estado passível de controle jurisdicional. Dessa forma, a ADPF permite ao STF expedir comandos normativos diretos, superando a limitação da ADO, que se restringe a simples advertências ou recomendações ao legislador (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023).

jurídicas — que buscaram atribuir à ADPF uma vocação integradora do sistema de controle de constitucionalidade, claramente não delineada em sua origem³¹⁹ —, amadureceu uma proposta legislativa³²⁰ que culminou na edição da Lei nº 9.882/1999. Concebida para suprir as apontadas “deficiências” do modelo então vigente e ampliar substancialmente o alcance do controle concentrado, a medida permitiu a apreciação judicial ampla da generalidade dos “atos do poder público”.

A Lei nº 9.882/1999 estabeleceu o rol de legitimados ativos para a propositura da ADPF — os mesmos previstos para as demais ações concentradas³²¹ — e definiu seus pressupostos de cabimento, limitando a utilização da ADPF às hipóteses de violação a “preceito fundamental” por ações estritamente estatais³²². Além disso, estabeleceu-se que as decisões do STF nesse tipo de ação têm caráter definitivo e irrecorrível, o que reforça a autoridade centralista e a função estabilizadora de sua jurisdição. Por fim, a Lei consagrou o chamado “princípio da subsidiariedade”, segundo o qual a ADPF somente

³¹⁹ O próprio Mendes (2008) reconhece que a ADPF não foi originalmente concebida com essa função de forma clara pela Constituição de 1988. Segundo ele, essa vocação ampliada consolidou-se gradualmente, a partir dos trabalhos da comissão de juristas responsável por sua regulamentação, bem como do subsequente desenvolvimento doutrinário e da construção jurisprudencial do próprio STF. Esse processo conferiu ao instituto um caráter complementar e integrador, destinado a colmatar as lacunas deixadas pelas ações diretas tradicionais e a assegurar a unidade da interpretação constitucional.

³²⁰ Como recorda Mendes (2008), para a elaboração do anteprojeto de regulamentação da ADPF, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 572/1997, editada pelo ministro Íris Resende, instituiu uma comissão de juristas presidida por Celso Bastos e integrada por Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e pelo próprio Gilmar Ferreira Mendes. O texto final do anteprojeto foi concluído em novembro de 1997 e, paralelamente, o Projeto de Lei nº 2.872/1997, de autoria da deputada Sandra Starling, bem como o substitutivo apresentado pelo relator, deputado Prisco Viana, alinharam-se às diretrizes centrais da proposta, convergindo para a edição da Lei nº 9.882/1999, que veio a regulamentar o instituto.

³²¹ A legitimidade ativa para a propositura da ADPF limita-se aos mesmos sujeitos elencados no art. 103 da Constituição Federal, isto é, às corporações representativas de âmbito nacional, aos partidos políticos e às altas autoridades da República. O projeto aprovado pelo Congresso Nacional, entretanto, previa originalmente a possibilidade de qualquer cidadão propor tal ação, de modo incidental, dispositivo que acabou vetado pelo Presidente da República sob o argumento de inexistência de critérios objetivos para o exercício desse direito (Brasil, 1999b). Tal veto, contudo, manteve o caráter elitista do instituto, restringindo de forma sensível sua utilização pela cidadania em geral e preservando o controle concentrado sob a batuta de atores político-institucionais, em claro contraste com a retórica de ampliação do acesso à jurisdição constitucional e de proteção aos vulneráveis, que permanecem excluídos dessa possibilidade de ajuizamento direto.

³²² Note-se que o enfoque do *judicial review* segue pressupondo o Estado como principal *locus* de coerção, como herança de um paradigma forjado para enfrentar regimes autárquicos que já não definem o centro dos desafios contemporâneos em matéria de liberdades públicas. Sob o neoliberalismo, no entanto, as formas predominantes de constrangimento e dominação passam a derivar, em larga medida, de atores privados cujo poderio econômico e organizacional frequentemente rivaliza — ou mesmo excede — o de muitos governos nacionais, como conglomerados transnacionais, instituições financeiras, corporações de tecnologia e empresas de gestão de dados, entre outros. Nesse novo cenário, o constitucionalismo contemporâneo ainda tem pouco a dizer sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, sobre a incidência da gramática dos direitos nas relações entre particulares — sobretudo entre indivíduos e grandes corporações —, para além da clássica relação vertical entre cidadão e Estado. Afinal, não é novidade que as novas formas de dominação já não se apresentem vestindo farda, mas sob o figurino reluzente de logomarcas amplamente celebradas.

será admitida quando inexistirem outros meios eficazes de sanar a controvérsia constitucional, garantindo, assim, sua utilização apenas em situações excepcionais e de relevante interesse constitucional (Mendes, 2008; Brasil, 1999).

A noção central de “preceito fundamental”³²³ não se limita aos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, abrangendo igualmente os seus princípios estruturantes, como a separação dos Poderes, a forma federativa, o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana. Todos esses elementos possuem natureza essencial e força vinculante, funcionando como pilares de sustentação da ordem constitucional e como parâmetros de validade para a atuação dos poderes públicos (Mendes, 2008; Barroso, 2012).

Note-se que nem toda norma constitucional pode fundamentar, como parâmetro de controle, o manejo dessa via específica de controle de constitucionalidade, mas apenas aquelas que integrem o núcleo essencial da ordem constitucional, isto é, que ostentem a natureza de “preceito fundamental”. Essa delimitação aproxima-se da concepção política de Constituição formulada por Schmitt (1982), segundo a qual apenas as normas que expressem decisões políticas fundamentais — relativas à forma de Estado, à organização dos poderes e aos direitos fundamentais — possuem natureza verdadeiramente constitucional, ao passo que as demais constituem meras “leis constitucionais”. Embora o STF tradicionalmente refugie essa distinção hierárquica entre o conjunto das normas constitucionais (Barroso, 2012), a aproximação é útil para compreender o caráter restrito e excepcional do controle exercido pela via da ADPF, voltado à preservação do núcleo essencial da Constituição.

A identificação dos preceitos fundamentais revela, portanto, o núcleo irreduzível do controle de constitucionalidade, o que torna metodologicamente justificável a centralidade atribuída a essa classe de ações na presente pesquisa. Mas não só isso. Na prática, também o já citado princípio da subsidiariedade confere ao STF considerável margem de discricionariedade na seleção das causas que efetivamente deseja julgar. Essa filtragem decorre da formulação aberta do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999, segundo o qual “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Brasil, 1999b).

A amplitude da cláusula de subsidiariedade permite ao STF definir, caso a caso, o alcance desse requisito, dando origem a uma jurisprudência marcadamente casuística.

Nesse movimento, o Tribunal tende a admitir apenas as ADPFs que se ajustam às suas prioridades institucionais, enquanto extingue, sem exame de mérito, aquelas que envolvem temas politicamente custosos ou inconvenientes. Esse filtro de admissibilidade opera, na prática, como um mecanismo informal de seleção de agenda, fazendo da ADPF um meio particularmente útil para observar as orientações políticas da Corte. Diferentemente da ADI — cujo julgamento é, em regra, obrigatório —, a ADPF confere ao Tribunal ampla margem decisória, permitindo-lhe escolher, com ampla discricionariedade, quais conflitos trazer à cena³²⁴.

Além disso, em razão de seu caráter decisório singularmente plástico, a ADPF — tal como reinterpretada pela própria jurisprudência do STF, em evidente ampliação do mandato residual que lhe fora conferido pela Constituição — passou a oferecer à Corte uma via mais elástica de intervenção no domínio das políticas públicas. Com isso, ultrapassou-se o enquadramento tradicional das ações diretas antecedentes, voltadas predominantemente à função de “legislador negativo”. Nestas ações, a atuação do Tribunal limitava-se, em essência, à verificação da conformidade ou inconformidade de uma norma com a Constituição, resultando, em regra, na simples exclusão do ato incompatível da ordem jurídica, numa típica operação de veto judicial.

Na ADPF, contudo, o STF passou a exercer uma modalidade ampliada de jurisdição integradora, de nítido caráter decisionista, pela qual não apenas se reconhecem eventuais inconstitucionalidades, mas também se redefinem diretamente os conteúdos normativos em disputa, estabelecem-se parâmetros de atuação político-administrativa e, não raro, instituem-se políticas públicas antes inexistentes. Essa atuação de feição marcadamente criativa — incomum mesmo para cortes constitucionais de reconhecido protagonismo, como o Tribunal Constitucional Federal alemão e a Suprema Corte dos Estados Unidos — tende a obscurecer completamente as fronteiras entre jurisdição e legislatura, tensionando de modo inédito o princípio da separação dos poderes.

³²⁴ Diferentemente do que ocorre na ADPF, nas ADIs, o STF não dispõe de idêntica liberdade para escolher se apreciará ou não o seu mérito, uma vez que, superados os requisitos meramente formais de admissibilidade, o julgamento é, em princípio, obrigatório. Ainda assim, o Tribunal, mesmo nestes casos, conserva um mecanismo implícito de gerenciamento de agenda, exercido por meio do manejo do *timing* decisório. Por razões de conveniência institucional ou sensibilidade política, a Corte pode postergar *sine die* o julgamento de determinadas ações, mantendo-as indefinidamente sem conclusão ou privando-as de pauta. Como aponta Arguelhes (2023), esse expediente, embora menos ostensivo que o filtro da subsidiariedade, revela igualmente uma dimensão seletiva da jurisdição constitucional, na medida em que o STF administra estrategicamente o momento de decidir — e, com isso, o alcance e o impacto político de suas próprias decisões —, dentro de um acervo processual vasto o bastante para aparelhar, com razoável aparência de juridicidade, praticamente qualquer modalidade de intervenção no varejo da política nacional.

Por esses atributos, o conjunto das ADPFs configura o locus metodologicamente mais adequado para examinar o exercício contemporâneo da jurisdição constitucional pelo STF. A opção por esse instrumento, portanto, justifica-se tanto do ponto de vista teórico quanto metodológico. Ademais, a exaustividade da base empírica — que abrange a totalidade dos julgamentos proferidos pela Corte até o fechamento técnico do estudo — mitiga o risco de viés de seleção e assegura uma representatividade suficientemente ampla do fenômeno analisado.

Como se viu, a ADPF não apenas “completou” o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, mas também redesenhou o espaço de atuação do STF. Uma vez regulamentada, a ADPF converteu-se num instrumento aberto e funcionalmente adaptável, cuja aplicação prática passou a refletir, com crescente intensidade, as dinâmicas políticas e institucionais que moldam o exercício contemporâneo da jurisdição constitucional. Assim, o estudo do seu emprego concreto permitirá observar a transformação recente do STF, de um tribunal predominantemente normativo e pouco relevante para uma corte de perfil proativo, dotada de desconcertante protagonismo institucional.

Nas seções seguintes, o foco analítico desloca-se da formação do instituto para a investigação empírica de seu uso pelo STF, a fim de examinar como, na prática, a Corte tem manejado a ADPF como instrumento de intervenção normativa e de reconfiguração das fronteiras entre direito e política. Antes disso, é necessário explicitar duas categorias centrais desta pesquisa: as noções de liberdade negativa e liberdade positiva, que constituirão o arcabouço conceitual indispensável à análise que se seguirá.

4.2 Liberdades negativas e positivas: delimitando as categorias de análise

A liberdade ocupa posição central na tradição política moderna, mas o seu significado sempre esteve longe de ser pacífico. O que está em disputa, em última instância, não é apenas a forma do Estado, mas a própria definição das fronteiras entre autonomia individual, autoridade política e justiça social. É nesse terreno conflituoso, e não em um campo conceitual neutro, que se inscreve a dicotomia entre liberdades negativas e liberdades positivas.

Desde os contratualistas, o termo foi mobilizado tanto para justificar a limitação do poder soberano quanto para legitimar a sua expansão. De todo modo, em Hobbes

(2020)³²⁵ e Locke (1994)³²⁶, a liberdade é concebida, em essência, como a ausência de coerção ou de impedimentos externos arbitrários, configurando-se como uma condição negativa, definida pela não intrusão de forças externas na esfera de ação do indivíduo. Essa tradição encontra em liberais como Mill (2003)³²⁷ uma elaboração ainda mais sofisticada, que inscreve a liberdade como um princípio fundamental do desenvolvimento humano e social, restringindo a intervenção estatal apenas aos casos em que a ação individual cause danos a terceiros (*harm principle*).

Ainda que não nomeada sob a designação de “liberdade negativa”, essa concepção já delineava o núcleo desta categoria, que seguiria central na filosofia política contemporânea. Por outro lado, tais autores não desenvolveram uma teoria consistente sobre as chamadas liberdades positivas, entendidas seja como autogoverno racional seja como realização de justiça econômico-social. Essa ausência reflete, como se sabe, o próprio horizonte intelectual do contratualismo, do utilitarismo e do liberalismo clássico, correntes orientadas sobretudo à limitação do poder estatal e à proteção da autonomia individual contra a coerção estatal.

³²⁵ Hobbes (2020, p.140) conceitua a liberdade em termos que se aproximam daquilo que, posteriormente, a teoria política passaria a designar como liberdade negativa: “Por liberdade entende-se, de acordo com o significado da própria palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos estes que frequentemente reduzem parte do poder que um homem tem de agir como queira; mas que não abdica de usar o poder que lhe resta de acordo com o que seu juízo e razão lhe ditarem”. Presente no Capítulo XIV de seu clássico “Leviatã”, essa formulação exprime sua concepção de liberdade como ausência de coerção externa. Contudo, ao desenvolver sua filosofia contratualista, o autor destaca que, ao firmar o pacto social, o homem renunciaria a parte de sua liberdade natural em troca da segurança e da ordem asseguradas pela autoridade soberana, conservando apenas uma parcela de liberdade compatível com a vida civil e a estabilidade da comunidade política.

³²⁶ Em Locke (1994), a liberdade corresponde igualmente ao que, em linhas gerais, hoje se denomina por liberdades negativas. Ser livre não significa agir sem limites, mas não estar submetido à vontade arbitrária alheia. A ação individual deve ser regulada por leis gerais e consentidas, orientadas à proteção da vida, da liberdade e da propriedade, núcleo normativo de sua teoria contratualista. Como afirma Locke (1994, p. 95): “a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecida. É a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem: como a liberdade natural consiste na não submissão a qualquer obrigação exceto a da lei da natureza”.

³²⁷ Embora Mill (2003) não utilize explicitamente a expressão “liberdade negativa”, tal conceito ocupa o centro de sua argumentação — especialmente na defesa da liberdade individual frente à coerção social e estatal. O autor sustenta que o único motivo legítimo para restringir a liberdade de alguém é prevenir danos a outrem: “*The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others*” (Mill, 2003, p. 91). Mill (2003, p. 85) insiste que, desde que não cause dano, cada pessoa deva ser livre para conduzir sua própria vida, ainda que de modo considerado “errado” pelos demais: “*Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign*”. Ainda que não desenvolva uma teoria explícita das liberdades positivas, Mill (2003) reconhece que condições sociais e educacionais inadequadas limitam o exercício efetivo da liberdade. Segundo o autor, as desigualdades profundas impedem grande parte da população de alcançar a autonomia racional e a “felicidade”, que fundamentam sua concepção de vida livre, tematizando — ainda que de modo incipiente — a preocupação que posteriormente se tornaria central na formulação dos direitos sociais.

É somente na passagem do século XIX ao XX que as discussões sobre a liberdade assumem feições decisivamente novas, quando a crise do *laissez-faire* desloca o debate de um registro jurídico-formal para uma problemática ética e social mais ampla. Marshall (1967)³²⁸ situa a liberdade sob uma perspectiva sociológica, enquanto expressão da cidadania e da integração social, vinculando-a à efetivação de direitos civis e políticos, de caráter tipicamente negativo, mas também de direitos sociais, de natureza prestacional.

Se Marshall (1967) desloca o debate da liberdade para o plano social da cidadania, Berlin (2002)³²⁹ lhe confere a sistematização conceitual que torna explícita a tensão entre liberdade e autorrealização. Em ensaio seminal, o autor distingue entre liberdade negativa — ausência de interferência arbitrária, nos termos do liberalismo clássico — e liberdade positiva — vinculada ao autogoverno e ao autodomínio racional. Ao traçar essa conhecida distinção, Berlin (2002) estabilizou um vocabulário conceitual e delineou uma polaridade que marcaria de modo decisivo o pensamento filosófico contemporâneo sobre

³²⁸ Marshall (1967) interpreta a liberdade segundo uma lógica evolutiva e gradualista da cidadania, na qual os direitos se desenvolvem em três estágios históricos — civis, políticos e sociais. Os direitos civis e políticos, típicos do liberalismo clássico, situam-se no âmbito do que se descreve atualmente como “liberdades negativas”, entendidas como o conjunto de garantias que protegem o indivíduo contra a coerção e asseguram sua participação formal na esfera pública. Ao analisar a formação desses direitos, o autor observa que “a história dos direitos civis, em seu período de formação, é caracterizada pela adição gradativa de novos direitos a um *status* já existente e que pertencia a todos os membros adultos da comunidade [...]”. Esse caráter democrático ou universal do *status* se originou naturalmente do fato de que era essencialmente o *status* de liberdade; e, na Inglaterra, desde o século XVII, todos os homens eram livres” (Marshall, 1967, p. 68), mostrando que a cidadania civil consolidou-se sobre a igualdade jurídica e a liberdade como não interferência arbitrária. Posteriormente, o autor descreve a emergência dos direitos sociais, vinculados à ampliação material da cidadania e à efetivação de uma liberdade substantiva, fundada em condições reais de participação. Como afirma, “o objetivo dos direitos sociais constitui ainda a redução das diferenças de classe, mas adquiriu um novo sentido. Não é mais a mera tentativa de eliminar o ônus evidente que representa a pobreza nos níveis mais baixos da sociedade. Assumiu o aspecto de ação modificando o padrão total da desigualdade social” (Marshall, 1967, p. 88). Assim, a evolução da cidadania reflete a passagem de uma liberdade formal — centrada em direitos negativos — para uma liberdade materialmente garantida, que integra justiça social e igualdade de oportunidades.

³²⁹ Em ensaio seminal publicado originalmente em 1958, Berlin (2002) examina a distinção entre liberdades negativas e positivas. As primeiras dizem respeito à ausência de interferência ilegítima: o indivíduo é livre na medida em que ninguém o impede de agir conforme sua própria vontade, sendo protegido contra o arbítrio alheio, especialmente o do Estado. Essa concepção, já bem desenvolvida por autores como Hobbes (2020), Locke (1994) e Mill (2003), busca delimitar o poder político e preservar um espaço inviolável de autonomia pessoal vital para a lógica capitalista, reconhecendo, contudo, que alguma restrição seria necessária para assegurar a convivência social e impedir que a liberdade de uns destrua a dos outros. Já as segundas, em sua leitura, referem-se ao autodomínio e à autodeterminação: ser livre é governar-se por leis que a própria razão reconhece como suas. Essa forma de liberdade nasce do desejo de ser sujeito e não objeto; de ser guiado por razões internas, e não por causas externas ou paixões. Em Berlin (2002), a liberdade positiva é concebida, portanto, como um conceito ético e metafísico, vinculado à autonomia da vontade e à razão moral, não correspondendo à acepção mais recorrente de direitos prestacionais, que se tornou comum nos debates sobre tal dicotomia. Em todo caso, sem se opor diretamente ao Estado social, Berlin (2002), fiel à tradição liberal clássica, chega a advertir que concepções de “bem comum” que legitimam a coerção podem facilmente se degenerar em autoritarismo, sobretudo quando o “eu” racional e emancipado, por ele defendido, passa a ser projetado por instâncias coletivas — como o Estado, a Nação ou a classe —, que se arrogam no direito de definir o que seria melhor para o indivíduo.

a liberdade. Contudo, a despeito de sua notável influência, a distinção que se consolidou nos subseqüentes debates jurídico e político assumiu um recorte interpretativo distinto, de natureza sobretudo prática.

De fato, em tal contexto, a distinção entre liberdades negativas e positivas passou a ser compreendida, sobretudo, à luz do papel referencial do Estado. De um lado, as liberdades negativas foram associadas à sua abstenção interventiva, isto é, à proteção do indivíduo contra interferências governamentais indevidas; de outro, as liberdades positivas passaram a representar o movimento inverso, exprimindo a demanda por intervenção estatal no domínio privado com vistas à promoção de condições materiais e sociais que tornem o exercício das liberdades, em seu conjunto, mais efetivo. Essa reformulação é exemplarmente situada por Bobbio (2004)³³⁰, que articula a dialética entre os direitos negativos e positivos à sua própria historicidade — em perspectiva similar à de Marshall (1967) —, salientando o deslocamento progressivo do debate sobre as liberdades, de sua fundamentação metafísica para a sua efetiva concretização.

Pois bem, essa breve reconstituição teórica não apenas delineia o desenvolvimento histórico do conceito contemporâneo de “liberdade”, mas também oferece o substrato necessário à formulação das categorias analíticas que orientarão a presente investigação. Assim, buscando operacionalizar tais categorias de modo a fundamentar a análise ora proposta, as liberdades negativas serão compreendidas, no registro desta pesquisa, como o conjunto de direitos e garantias que visam proteger o indivíduo contra as interferências arbitrárias do poder público ou de terceiros, assegurando esferas de autonomia, propriedade privada e livre iniciativa, enquanto valores característicos da tradição liberal

³³⁰ Bobbio (2004) sustenta que os Direitos Humanos não são “naturais” ou universais, mas históricos, resultantes de lutas concretas contra formas específicas de opressão e transformados ao longo do tempo conforme evoluem as condições sociais, econômicas e tecnológicas de cada povo. A seu viso, o desafio contemporâneo não é mais fundamentar os direitos em um discurso de transcendência, mas protegê-los e efetivá-los, o que desloca o debate do plano filosófico para a arena prática do político e do jurídico. Sua distinção entre liberdades negativas e positivas é situada nesse quadro gradualista e contingente: enquanto os primeiros impõem limites ao poder estatal, os segundos exigem sua ação para garantir igualdade material e bem-estar coletivo. Segundo Bobbio (2004, p.9), “as primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado”. A história dos direitos é, portanto, a história de sua progressiva institucionalização e, de modo a evidenciar o caráter histórico dos direitos sociais e sua dependência das condições materiais de cada época, Bobbio (2004, p. 36—37) assinala a estreita relação entre as transformações socioeconômicas e o surgimento de novas demandas por garantias estatais, observando que: “As exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade. Cabe considerar, de resto, que as exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexequíveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido. Isso nos traz uma ulterior confirmação da sociabilidade, ou da não-naturalidade, desses direitos”.

e da racionalidade de contenção estatal. Por outro lado, as liberdades positivas serão entendidas como os direitos e garantias associados ao ideal de igualdade, que impõem ao Estado o dever de adotar prestações materiais e políticas redistributivas capazes de garantir condições concretas para o exercício efetivo da liberdade, configurando-se, portanto, como expressões universalistas da inclusão e da justiça social. Sem assumir qualquer juízo normativo de superioridade de uma ou outra categoria de análise, ambas serão tomadas como dimensões complementares e indispensáveis para um horizonte político de liberdade substantiva.

Uma vez feitas as delimitações das categorias de análise antecedentes, torna-se possível transpor suas referências para o exame empírico da atuação do STF. Tal movimento permitirá observar como a Corte mobiliza, em sua prática jurisdicional, concepções concorrentes de liberdade e, ao mesmo tempo, oferece um instrumental analítico para avaliar em que medida suas decisões contribuem — ou não — para a ampliação da cidadania e para a proteção de grupos vulnerabilizados.

4.3 Desenho metodológico, achados empíricos e interpretação: evidências de uma jurisdição constitucional seletiva e conservadora

Como já se adiantou, a distinção entre liberdades negativas e liberdades positivas servirá, nesta pesquisa, como matriz classificatória para a análise do conteúdo material das ADPFs julgadas pelo STF. A partir dessa tipologia, busca-se identificar se os padrões de êxito e de filtragem institucional da Corte revelam uma preferência sistemática pela proteção das liberdades negativas — voltadas à contenção de interferências e à preservação de esferas privadas — ou se, ao contrário, evidenciam também uma disposição consistente para afirmar as liberdades positivas, isto é, para acolher demandas por redistribuição, provisão material de direitos e ampliação da cidadania.

Outro objetivo central é identificar empiricamente quais atores obtêm maior sucesso perante o Tribunal e verificar se tais vitórias correspondem, de fato, ao exercício de uma função “contramajoritária”, frequentemente invocada para legitimar a jurisdição constitucional. Em outras palavras: trata-se de examinar quem ganha e o que ganha. Interessa indagar se as decisões do STF favorecem interesses públicos de alcance coletivo, orientados à inclusão, ou se, ao contrário, tendem a reforçar privilégios de grupos já sobre-representados nas demais instâncias de poder.

É que, como adverte Unger (1996), se o processo eleitoral assegura um mínimo de conexão e *accountability* entre representantes e representados, nas cortes constitucionais tal vínculo carece de um equivalente funcional em termos de *constraint*. Ainda que um tribunal constitucional se arvore curador dos interesses de minorias sub-representadas, inexistente qualquer garantia sistêmico-estrutural de que essa vocação se traduzirá em efetiva práxis. Afinal, essas minorias — já fragilmente representadas mesmo nas porosas arenas eleitorais — não dispõem de instrumentos concretos que as tornem capazes de incidir sobre a atuação judicial das altas cortes.

Daí a necessidade de um deslocamento do olhar analítico: a celebração da “abertura” do Tribunal deve ceder lugar à análise do padrão de êxito das demandas judiciais, pois é nesse plano empírico que se deixam entrever as hierarquias invisíveis da democracia constitucional. O acesso à Justiça, por si só, não elimina a possibilidade de reprodução silenciosa de privilégios e importa, portanto, menos quem consegue chegar ao STF e mais quais interesses encontram efetiva ressonância em sua prática institucional.

É que a mera abertura formal — expressa na ampliação do rol de legitimados ativos³³¹, na realização de audiências públicas, na admissão de *amicus curiae*³³² ou em iniciativas de comunicação acessível e transparência institucional — pode dissimular, sob o véu participacionista, a verdadeira atuação do Tribunal, seja ela pluralista ou elitista. E que a abertura procedimental, quando descolada da democratização substantiva dos resultados, tende a se degradar no conhecido ritualismo participativo, típico do discurso neoliberal da governança inclusiva³³³, em que a aparência de pluralismo encobre a

³³¹ Os legitimados ativos são as autoridades e entidades habilitadas constitucionalmente a provocar diretamente o STF no controle concentrado de constitucionalidade. Antes da Constituição de 1988, o monopólio dessa iniciativa cabia ao Procurador-Geral da República, o que restringia em demasia o acesso à jurisdição constitucional e a mantinha sob o controle do Regime. Com a promulgação da Nova Carta, o rol de legitimados foi sensivelmente ampliado, passando a incluir atores como o Presidente da República, as Mesas do Congresso Nacional, os governadores, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os partidos políticos com representação parlamentar, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional — mudança que democratizou o acesso ao controle abstrato e pluralizou o debate constitucional (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023).

³³² O *amicus curiae* (“amigo da corte”) é o terceiro admitido a intervir em processo judicial, por despacho do relator, com a finalidade de oferecer subsídios técnicos, jurídicos ou sociais que auxiliem um tribunal na formação do seu convencimento em controvérsias de alta relevância pública. Embora não integre formalmente a relação processual — não sendo parte ou titular dos direitos em disputa —, o *amicus* frequentemente atua como um canal de vocalização das demandas de grupos organizados, cujos interesses podem ser diretamente afetados pela eventual decisão. Sua participação é particularmente relevante no controle concentrado de constitucionalidade no STF, em que o debate jurídico assume dimensão política e estrutural. Nessas hipóteses, o *amicus curiae* contribui para pluralizar o processo deliberativo e conferir maior legitimidade às decisões da Corte (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023).

³³³ A este respeito, Moini (2017) argumenta que o participacionismo não representa uma democratização efetiva, mas um mecanismo de legitimação e despolitização próprio da racionalidade neoliberal. Ao serem concebidos como instrumentos técnicos de gestão pública, os dispositivos participativos não raro

persistência das assimetrias estruturais de poder que condicionam a efetividade dos direitos. Nesse contexto, a retórica da abertura pode funcionar menos como instrumento de democratização e mais como estratégia de legitimação simbólica, reproduzindo funcionalmente — em vez de superar — as hierarquias sociais e institucionais.

Além disso, “vencer” no STF não significa, necessariamente, ter a Constituição ao seu lado, mas, muitas vezes, ter a Corte consigo — isto é, contar com a adesão, explícita ou tácita, das predisposições e preferências dos seus membros a certas causas. Como se sabe, em controvérsias que envolvam valores morais ou princípios de contornos imprecisos, a fronteira entre a racionalidade jurídica e a inclinação pessoal torna-se criticamente turva, abrindo espaço para decisionismos de toda ordem. A norma, em última instância, corresponderá à interpretação — inevitavelmente situada — do julgador. E não se trata aqui de defender o imanentismo textual típico do positivismo jurídico, mas apenas de explicitar os riscos de uma confiança excessiva no dogma da imparcialidade judicial, cuja neutralidade, diante de tais casos, é de ordem essencialmente aspiracional.

Mas como designar objetivamente quem “vence”? Em termos empíricos, nessa categoria, serão incluídas as ADPFs com os seguintes desfechos: “julgada procedente”³³⁴, “julgada parcialmente procedente”, “resolvida por homologação de acordo”³³⁵ e “extinta

instrumentalizam decisões já tomadas por elites político-administrativas, deslocando o conflito social para o plano procedimental e moral. Assim, a participação funciona como uma tecnologia de poder voltada a estabilizar a racionalidade neoliberal, por meio da responsabilização sem efetiva codecisão dos cidadãos e da naturalização das decisões tecnocráticas. Menos cético, Rosanvallon (2006) argumenta que, mais do que redistribuir o poder de decisão, o participacionismo tende a assumir um caráter essencialmente simbólico e reflexivo, expressando a vigilância e a desconfiança dos cidadãos, como um mecanismo de controle e de legitimação das instituições. Trata-se do que o autor descreve como uma politização negativa, na qual a presença cívica se manifesta sobretudo pela crítica, pelo impedimento e pela contestação, configurando uma nova soberania popular do bloqueio, que complementa, sem substituir, a soberania eleitoral.

³³⁴ Diz-se que a ação é julgada procedente quando o pedido formulado pelo autor é integral ou substancialmente acolhido pelo juízo, reconhecendo-se a existência do direito material afirmado e impondo-se a quem de direito as consequências jurídicas correspondentes. Em termos processuais, a procedência implica que o juiz concorda com a pretensão deduzida na petição inicial, declarando-a fundada à luz do direito aplicável e das evidências constantes dos autos. A procedência pode ser total, quando todos os pedidos são acolhidos, ou parcial, quando apenas parte da pretensão autoral é reconhecida.

³³⁵ Nessa hipótese, considerar-se-á que a parte “venceu” na medida em que, ao menos parcialmente, anuiu à negociação conduzida pelo STF, já que tal concordância constitui condição de procedibilidade para evitar o julgamento de mérito. A transação em ações de controle concentrado de constitucionalidade revela-se, sob esse prisma, um fenômeno problemático, para dizer o mínimo, embora a sua prática venha se tornando cada vez mais recorrente no cenário nacional. O controle de constitucionalidade, enquanto processo objetivo e de natureza pública, visa verificar a compatibilidade de atos normativos com a Constituição e, justo por isso, não pode ser permeado pela lógica das concessões recíprocas próprias dos acordos — típicos do direito privado, em que há livre disposição sobre direitos “disponíveis”. Com efeito, direitos privados podem ser renunciados por seus titulares, mas os direitos públicos, por representarem bens jurídicos de titularidade difusa, são intransigíveis por essência. Admitir a negociação neste âmbito significa tensionar os limites da soberania popular, pois transfere ao Poder Judiciário a prerrogativa de “negociar” em nome do verdadeiro titular do poder constituinte — o povo —, sem qualquer legitimidade democrática direta. “Negociar” pelo público é negociar o alheio — usufruir do bônus sem arcar com o ônus. Eis o cerne da

sem resolução de mérito, mas com cautelar oportunamente deferida”³³⁶. Nesse último caso, ainda que a ação venha a ser extinta, considera-se ter havido algum êxito do postulante uma vez que, no momento oportuno, o Tribunal, ao ser provocado, acolheu sua pretensão, ainda que de forma provisória.

A análise empírica foi conduzida a partir de um trabalho intensivo de leitura e classificação manual dos dados. Cada ADPF do *corpus* de pesquisa foi examinada individualmente, mediante a leitura de suas petições iniciais, decisões cautelares e acórdãos finais, a fim de extrair e sistematizar as informações relevantes à investigação. Como já se antecipou, os dados foram organizados em planilha eletrônica, que reúne variáveis referentes à identificação processual, ao conteúdo decisório e à caracterização do legitimado ativo, além da temática sob julgamento, permitindo o tratamento qualitativo do acervo de decisões. Essa sistematização, construída a partir de um exame humano e qualitativo das fontes primárias, buscou evitar distorções decorrentes de metadados imprecisos e assegurar que as classificações refletissem a correta materialidade dos casos.

De modo geral, as classificações qualitativas empreendidas exigiram um esforço considerável. No caso dos legitimados, por exemplo, o banco de dados do STF não fornece, de modo estruturado, a tipologia das partes proponentes: cada requerente é identificado apenas pelo nome, em sua qualificação, sem que se indiquem, de forma padronizada, a sua natureza institucional ou representativa. Por essa razão, procedeu-se a um trabalho manual de classificação, a partir da leitura individual de cada processo, mediante o qual os proponentes foram identificados segundo as categorias constitucionais de legitimados ativos previstas no próprio artigo 103 da Constituição Federal e, quando

controvérsia: não cabe ao Judiciário transigir sobre os contornos da Constituição sob o pretexto de conciliar interesses em disputa. Uma matéria ou é constitucional, ou não o é. As partes nesses processos objetivos não representam interesses próprios, mas atuam como seus meros porta-vozes circunstanciais. A Constituição, ato fundador e expressão da vontade soberana, não se submete à lógica da transação; ao contrário, impõe-se como parâmetro normativo inderrogável. Em síntese, ao admitir a lógica da transação em sede de controle concentrado, o STF arrisca converter o juízo de constitucionalidade — objetivo, impessoal e vinculante — em espaço de escancarada barganha política, comprometendo a integridade e a supremacia da Constituição. Esse movimento, a pretexto de promover eficiência ou pacificação institucional, acaba por deslocar a função contramajoritária da Corte para um espaço de composição de interesses bastante opaco, diluindo as fronteiras entre jurisdição constitucional e deliberação política, e, de forma ainda mais sensível, turvando os limites fundamentais entre as esferas pública e privada.

³³⁶ A expressão refere-se às hipóteses em que o STF, embora venha a extinguir a ação sem julgamento de mérito — em regra por perda superveniente de objeto —, já deferira medida cautelar que produziu efeitos concretos favoráveis ao requerente. Nessas circunstâncias, considera-se, para os fins desta análise empírica, que houve algum êxito material, uma vez que o Tribunal, ao conceder a liminar, acolheu provisoriamente a tese formulada, suspendendo a eficácia da norma impugnada e gerando efeitos práticos análogos aos de uma decisão de procedência, no mínimo, parcial.

pertinente, reclassificados em subclasses metodológicas capazes de refinar a heterogeneidade sociopolítica do campo. Esse refinamento mostrou-se particularmente necessário no caso das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, cuja largueza funcional abrange desde organizações patronais até colônias de pescadores, passando por corporações profissionais altamente diferenciadas.

Para reduzir essa heterogeneidade a um esquema analítico minimamente coerente, adotou-se uma segmentação interna que procurou refletir a diversidade de interesses econômicos e classistas representados. Assim, foram agrupadas, de um lado, as entidades do setor patronal, representativas dos diversos ramos do empresariado — comércio, indústria, agropecuária, serviços, transportes, comunicação, finanças, educação, saúde, cultura e previdência complementar — e, de outro, as entidades do trabalho e das profissões, subdivididas segundo a posição relativa que ocupam na estrutura social e no campo do funcionalismo público. Nessa última vertente, distinguiram-se, metodologicamente, quatro estratos: (1) o funcionalismo em sentido amplo, que compreende servidores civis e militares de níveis iniciais e intermediários³³⁷; (2) as elites do funcionalismo, compostas por carreiras de Estado e posições de alta renda e prestígio institucional³³⁸; (3) os profissionais liberais³³⁹; e, por exclusão, (4) os demais trabalhadores, subordinados ou não³⁴⁰.

Além dessas classes, foi incluída a categoria “parte ilegítima”, que compreende todas as pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados não incluídos no rol constitucional de legitimados ativos, mas que, ainda assim, intentaram ações de controle concentrado junto ao STF. Embora marginal do ponto de vista jurídico, essa categoria possui relevância sociológica, pois materializa um tensionamento em torno da ampliação do acesso à jurisdição constitucional por atores ainda excluídos, revelando as fronteiras — simbólicas e institucionais — que delimitam a própria arquitetura do sistema.

³³⁷ Nessa categoria, inserem-se os estratos iniciais e intermediários do funcionalismo, com ganhos iniciais médios inferiores a R\$ 20 mil mensais (em 2024), como agentes de polícia, serventuários do sistema de justiça, professores, profissionais de suporte à saúde, soldados militares, guardas municipais e os servidores federais, estaduais e municipais não representados por entidades sindicais ou de classe específicas.

³³⁸ Nesta categoria, incluem-se os segmentos do funcionalismo público cujos vencimentos, subsídios ou salários iniciais excedem R\$ 20 mil mensais (em 2024), abrangendo: magistrados, membros do Ministério Público, membros e auditores de Tribunais de Contas, diplomatas, delegados de polícia, integrantes das carreiras típicas de Estado, defensores públicos, notários, registradores e auditores fiscais.

³³⁹ Essa categoria envolve profissões regulamentadas de bacharéis que oficiam por conta própria, como médicos, advogados, engenheiros, arquitetos, psicólogos, nutricionistas etc.

³⁴⁰ Essa categoria residual congrega, além de trabalhos subordinadores formais e informais, também os beneficiários de serviços da Previdência Social e empregados e trabalhadores não listados nas anteriores, agrupando profissionais das áreas, na iniciativa privada, como comércio, educação, saúde, indústria, serviços, transportes, agroindústria, agricultura familiar, instituições financeiras, pesca, táxi etc.

A definição de êxito, já apresentada anteriormente, orientou o tratamento das decisões e serviu de parâmetro para aferir o acolhimento das pretensões autorais. A partir dessa codificação, foi possível mensurar a extensão do sucesso alcançado por cada grupo de legitimados e, em seguida, qualificar o conteúdo material das decisões conforme a natureza dos direitos em disputa.

As demandas foram, então, organizadas entre aquelas que não envolveram propriamente direitos de minoria e aquelas que os implicaram, sendo estas últimas subdivididas segundo o tipo de liberdade em causa: de um lado, as liberdades negativas, associadas à contenção de interferências estatais indevidas na livre iniciativa; e, de outro, as liberdades positivas, voltadas à promoção ou efetivação de prestações estatais e políticas públicas de bem-estar social. Essa tipologia funcional permitiu observar, de modo articulado, não apenas quem vence, mas também qual espécie de interesse tende a ser reconhecido como legítimo e digno da tutela do Tribunal.

Para avaliar o conteúdo contramajoritário das decisões, foi necessário, antes de tudo, explicitar o que se entende, para os fins desta pesquisa, por “função contramajoritária”. Isso porque, tratando-se de uma noção essencialmente normativa, a sua transposição ao plano empírico requer uma delimitação precisa e minimamente operacionalizável. Nesse sentido, qualificam-se como “manifestamente contramajoritárias” as ações propostas ao STF que, de forma inequívoca, veiculam alguma contestação a leis ou atos do poder público por suposta violação a liberdades fundamentais de grupos sub-representados no processo político, bem como aquelas que buscam moderar o mercado eleitoral, removendo barreiras artificiais erguidas por incumbentes para restringir a competição e impedir o acesso de minorias desafiantes.

Essa definição, ao estabelecer um núcleo analiticamente verificável para o conceito, permite distinguir, no conjunto das ações submetidas ao STF, aquelas em que a Corte pode efetivamente exercer alguma função de contenção aos excessos das maiorias políticas ocasionais daquelas em que lhe cabe apenas reafirmar ou legitimar a ordem vigente. Tal categoria implica, inevitavelmente, certa dose de subjetivismo classificatório, sendo suscetível de variações marginais, segundo o contexto interpretativo de cada caso. De qualquer modo, a opção por restringir a análise aos casos “manifestos”, de identificação inequívoca, visa atenuar esse risco e conferir maior consistência empírica à tipologia.

Importa observar que o caráter contramajoritário de uma ação não se define, necessariamente, pela posição do autor a este respeito. Um mesmo sujeito processual

pode atuar tanto em defesa de grupos vulneráveis quanto no sentido oposto, buscando restringir direitos que os amparam. Assim, o êxito obtido por certo ator em uma controvérsia dessa natureza não expressa, por si só, uma inclinação do STF em favor desses interesses vulneráveis. Torna-se indispensável, portanto, examinar não apenas os casos em que determinado grupo propôs ações que veicularam um conteúdo manifestamente contramajoritário, mas também a frequência com que ele efetivamente se engajou na defesa desses interesses de modo consistente e deliberado. Nessa perspectiva, a tabulação dos dados incluirá a categoria “recorrência do autor na defesa de minorias”, que corresponderá ao número de demandas de natureza contramajoritária ajuizadas por cada tipo de proponente com este propósito substantivo.

Para ilustrar o argumento: a atuação de uma entidade de classe patronal em demanda que verse sobre direitos sociais — portanto, uma controvérsia de caráter contramajoritário — não pode ser interpretada automaticamente como um esforço voltado à expansão de direitos fundamentais. Ao contrário, pode refletir a defesa de teses restritivas, orientadas à redução de garantias trabalhistas ou à limitação do alcance de políticas públicas de cunho redistributivo, em consonância com o interesse econômico-corporativo que a sustenta. Nesses casos, a postulação judicial não se confunde com a ampliação material da cidadania, representando, em revés, a busca por legitimação jurídica de interesses já hegemônicos.

Pois bem, a combinação entre classificação institucional dos proponentes, análise substantiva dos direitos em jogo e delimitação empírica da função contramajoritária pode fornecer um quadro exploratório capaz de sinalizar as hierarquias ocultas na distribuição do êxito judicial. Como já se assinalou, mais do que mensurar estatisticamente quem vence, importa compreender quais interesses encontram mais ressonância na práxis do Tribunal e de que modo a jurisdição constitucional pode, sob o véu da neutralidade profissional, reproduzir as seletividades sociais e políticas preexistentes.

Além disso, o dimensionamento do êxito também permite aferir a extensão da intrusão judicial exercida pelo STF sobre o conjunto das decisões dos demais Poderes. Neste caso, adiante-se que, dentre os 900 processos examinados, 196 se enquadram na categoria de êxito anteriormente definida, o que corresponde a uma taxa de intrusão judicial³⁴¹, especificamente no universo das ADPFs, da ordem de 21,77%. A distribuição

³⁴¹ Para os fins deste trabalho, entende-se por taxa de intrusão judicial a recorrência com que o STF, no universo das demandas que recebe, intervém na esfera de atuação dos demais poderes, desfazendo, no todo ou em parte, seus atos e decisões e substituindo-os, ainda que provisoriamente, por sua própria deliberação

desses êxitos, apresentada a seguir, oferece um panorama comparativo da frequência de sucesso entre as diferentes classes de legitimados e da natureza substantiva dos direitos discutidos:

Tabela 1 - Distribuição dos êxitos nas ADPFs segundo a categoria institucional do legitimado ativo e a natureza dos direitos envolvidos:

Categoria institucional do legitimado ativo	Quantidade de casos com êxito	Casos sem conteúdo contramajoritário	Casos relativos a liberdades negativas	Casos relativos a liberdades positivas	Recorrência do autor na defesa de minorias
Conselho Federal da OAB	3	0	2	1	3
Entidades representativas - elites do funcionalismo	8	7	1	0	0
Entidades representativas - trabalhadores em geral	6	0	2	4	6
Entidades representativas - funcionalismo	3	2	1	0	1
Entidades representativas - setor patronal	22	13	5	4	1
Entidades representativas - profissionais liberais	2	0	0	2	2
Governadores dos estados e do DF	48	44	1	3	2
Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados	0	0	0	0	0
Mesa de parlamento estadual/DF	0	0	0	0	0
Parte ilegítima	0	0	0	0	0
Partido político representado no Congresso Nacional	57	15	36	6	40

institucional. A expressão busca capturar, portanto, o grau de interferência efetiva da Corte sobre decisões políticas ou administrativas previamente tomadas, funcionando como indicador empírico do exercício de um poder de reversão e substituição das vontades majoritárias. Essa taxa expressa, assim, a proporção de casos em que o Tribunal exerceu, de modo concreto, sua capacidade de reordenar o conteúdo decisório dos outros ramos do Estado.

Procurador-Geral da República	41	24	16	1	17
Presidente da República	6	5	1	0	1
Total Geral	196	110	65	21	73

Fonte: elaboração própria, com dados do STF (2024).

Antes de proceder ao exame da tabela supratranscrita, relativa aos padrões de êxito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, impõe-se, em contrapartida, observar o reverso desse quadro — isto é, quem perde e em que circunstâncias a Corte decide desfavoravelmente ao pleito do autor da ação. É que apenas uma análise integrada desses dois planos — das vitórias e das derrotas — será capaz de oferecer uma compreensão analítica mais completa e equilibrada da atuação jurisdicional do STF.

A investigação das decisões sucumbentes — aquelas que resultaram em julgamento de improcedência total³⁴² ou pela extinção sem apreciação do mérito³⁴³ — permitirá dimensionar o alcance da autocontenção judicial do STF e, simultaneamente, delimitar as fronteiras de sua função contramajoritária. Se o êxito de determinados legitimados pode revelar sua capacidade de incidência sobre a deliberação constitucional, o insucesso, por sua vez, sinalizaria a seletividade estrutural que permeia o acesso à efetiva tutela jurisdicional no controle abstrato.

Nesse sentido, registre-se que, entre as 900 ADPFs analisadas, 704 (78,22%) resultaram em decisões integralmente desfavoráveis à parte autora, revelando que a predominância do não acolhimento das pretensões autorais configura um traço consistente e reiterado da prática decisória da Corte, ao menos nesse tipo de ação. Tal resultado reforça a percepção de que o STF, não obstante a sua ampla capacidade de intervenção institucional, atua segundo uma lógica de autocontenção estratégica, restringindo a intrusão judicial aos casos em que identifica impacto político ou simbólico compatível com a sua própria agenda institucional.

³⁴² A improcedência total ocorre quando o órgão jurisdicional, após examinar o mérito da causa, rejeita integralmente os pedidos formulados pelo autor, por entender que não há fundamento fático ou jurídico que os ampare. Nessa hipótese, o mérito é apreciado e o resultado implica a plena validade e eficácia do ato ou situação impugnada, mantendo-se o estado anterior à ação (*status quo ante*) e encerrando-se o processo com resolução de mérito.

³⁴³ A extinção sem apreciação do mérito em ADPF ocorre quando o STF encerra o processo sem examinar o conteúdo da controvérsia constitucional, por ausência de pressupostos processuais. As principais causas são: inadequação da via eleita (geralmente por desatendimento ao crivo fluido da “subsidiariedade”), ausência de legitimidade ou pertinência temática, perda do objeto, inexistência de controvérsia constitucional relevante, falta de demonstração de violação direta a preceito fundamental e carência de interesse de agir (Barroso, 2012; Mendes e Branco, 2023).

Ao organizar as decisões desfavoráveis segundo as mesmas categorias institucionais e substantivas aplicadas à análise dos êxitos, a nova tabela equilibra e amplia o panorama empírico da pesquisa. Desse modo, apresenta-se, a seguir, a distribuição das decisões sucumbentes nas ADPFs, conforme a categoria do legitimado ativo e a natureza dos direitos em disputa, mantendo-se a estrutura da tabela anterior e permitindo comparar diretamente os padrões de sucesso e fracasso na postulação dos demandantes à jurisdição constitucional do STF:

Tabela 2— Distribuição da sucumbência nas ADPFs segundo a categoria institucional do legitimado ativo e a natureza dos direitos envolvidos:

Categoria institucional do legitimado ativo	Quantidade de casos com sucumbência	Casos sem conteúdo contramajoritário	Casos relativos a liberdades negativas	Casos relativos a liberdades positivas	Recorrência do autor na defesa de minorias
Conselho Federal da OAB	15	5	4	6	11
Entidades representativas - elites do funcionalismo	42	37	3	2	4
Entidades representativas - trabalhadores em geral	39	7	7	25	31
Entidades representativas - funcionalismo	16	7	4	5	7
Entidades representativas - setor patronal	76	54	14	8	2
Entidades representativas - profissionais liberais	6	0	2	4	4
Governadores dos estados e do DF	73	67	0	6	5
Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados	2	1	1	0	1
Mesa de parlamento estadual/DF	6	5	1	0	1
Parte ilegítima	126	93	14	19	26
Partido político representado no Congresso Nacional	262	141	56	65	115

Procurador-Geral da República	36	22	8	6	13
Presidente da República	5	3	0	2	1
Total Geral	704	442	114	148	221

Fonte: elaboração própria, com dados do STF (2024).

Antes de prosseguir à análise dos dados, impõe-se um derradeiro esclarecimento adicional. É que as tabelas apresentadas anteriormente indicam apenas se o legitimado ativo obteve êxito — total ou parcial — nas ADPFs por ele propostas perante o STF e com que frequência suas posições se alinharam, ou não, aos interesses presumíveis de grupos sub-representados. Tal informação, embora relevante do ponto de vista estatístico, não traduz de forma sistemática o conteúdo substantivo das decisões da própria Corte sobre as matérias em exame. O simples ingresso de controvérsias de natureza contramajoritária — ainda que em proporção minoritária — revela certa funcionalidade institucional do STF como foro de deliberação sobre esses temas, mas não implica, necessariamente, uma disposição favorável do Tribunal em relação às pretensões apresentadas.

Para ilustrar esse ponto de distinção, retome-se o exemplo já dado de uma entidade patronal. Como dito, o êxito de uma entidade de classe empresarial em uma ação referente a direitos sociais pode, em termos materiais, significar a restrição de direitos de grupos vulneráveis, e não a sua ampliação. O propósito central desta pesquisa, contudo, não é escrutinar o mérito dos interesses de cada categoria de demandante, mas compreender de que modo o STF, em perspectiva sistêmica, se posiciona frente a esses interesses, o que não pode ser plenamente captado pelos dados quantitativos exibidos nas tabelas anteriores.

Diante dessa limitação, procedeu-se a nova uma análise qualiquantitativa, caso a caso, examinando-se o teor dos acórdãos e o conteúdo efetivo das decisões. Esse novo exame buscou identificar se, para além do desfecho formal de procedência ou improcedência, o posicionamento do STF se orientou materialmente em favor de grupos ou interesses minoritários — compreendidos como aqueles situados em condição de desvantagem econômica, política, social ou cultural em um dado contexto de litígio constitucional.

A partir desse refinamento, o gráfico de barras apresentado a seguir oferece uma visão mais precisa do fenômeno, relacionando o volume total de demandas ao tipo de direito discutido (liberdades negativas ou positivas) e, em cada categoria, a proporção de

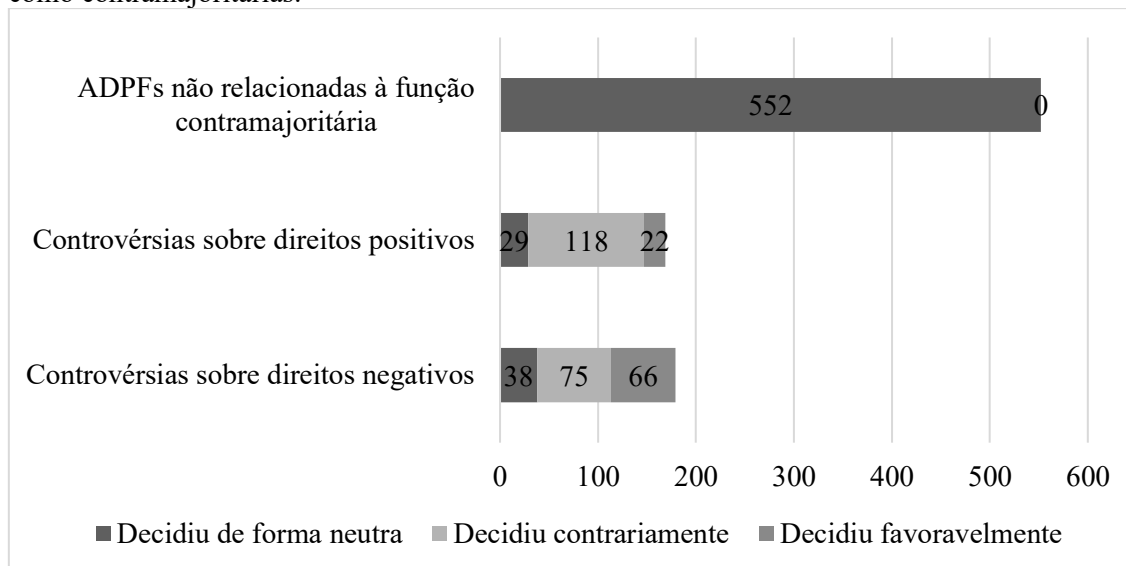
casos em que o Tribunal decidiu em favor de grupos vulneráveis. Esse cruzamento — entre êxito processual, natureza do direito e posição substancial do STF — permite distinguir as vitórias em sentido amplo daquelas genuinamente contramajoritárias, evidenciando em que dimensão a Corte mobiliza sua autoridade para tutelar, ou não, os interesses de minorias sub-representadas no espaço público.

Esclareça-se que, além das categorias analíticas de decisões positivas e negativas, a categoria “neutralidade” foi empregada, neste novo gráfico, para designar os casos em que o STF não exerceu função contramajoritária identificável, conforme a definição operacional apresentada anteriormente — isto é, situações em que a Corte não atuou para invalidar leis ou atos do poder público violadores de liberdades fundamentais de grupos sub-representados no processo político, nem para remover barreiras à competição eleitoral. Consideram-se, portanto, “neutras” as decisões alheias a esse núcleo normativo: aquelas que não envolvem diretamente a proteção de minorias nem produzem efeitos redistributivos ou políticos substantivos. Tal neutralidade³⁴⁴ pode decorrer tanto da inexistência de controvérsia contramajoritária subjacente quanto de uma atuação indiferente ou evasiva do Tribunal, geralmente fundada em razões formais ou processuais, como a falta de interesse de agir, a perda de objeto ou a negativa de seguimento da ADPF por motivos técnico-procedimentais³⁴⁵. Feitas essas considerações, passa-se ao gráfico ora mencionado:

³⁴⁴ Destarte, a neutralidade, tal como operacionalizada na base de dados, não expressa indiferença institucional, mas a ausência de impacto substantivo verificável sobre interesses vulneráveis, reforçando o padrão de atuação do Tribunal como instância predominantemente de controle. Cumpre, contudo, reconhecer as limitações analíticas desse critério. Em primeiro lugar, trata-se de uma definição normativa, que não abarca manifestações contramajoritárias indiretas ou difusas. Além disso, decisões classificadas como “neutras” podem, na prática, contribuir para a preservação do *status quo* ou até exercer uma forma de “contramajoritariamente reversa”, quando a Corte se esquia do exame de mérito em matérias sensíveis sob fundamentos estritamente processuais. A categoria, ademais, envolve certa margem de subjetividade classificatória, cuja aplicação pode variar conforme o contexto interpretativo de cada caso. Como dito antes, a limitação aos episódios manifestos, de identificação inequívoca, busca mitigar esse risco e conferir maior consistência empírica à tipologia. Assim, embora coerente com a concepção teórica de contramajoritariamente adotada na pesquisa e metodologicamente útil para distinguir decisões de conteúdo substantivo daquelas meramente formais, o critério de neutralidade deve ser compreendido como um indicador descritivo válido — ainda que não exaustivo — da atuação do STF. Em última instância, funciona como referência empírica do padrão de autocontenção institucional do Tribunal, mesmo que sujeito a limitações quanto à sua capacidade de refletir de modo abrangente e inequívoco o comportamento político-institucional da Corte.

³⁴⁵ Quando a postura evasiva do STF — isto é, a extinção sem resolução de mérito — não produziu, em termos coletivos, prejuízo nem benefício potencial a grupos vulneráveis, a decisão foi classificada como “neutra”. Quando, porém, a ausência de apreciação de mérito teve o efeito de perpetuar situações de violação a direitos fundamentais ou de enfraquecer interesses desses grupos, a decisão foi considerada de efetivo prejuízo às pretensões contramajoritárias e, por isso, incluída entre as desfavoráveis. De modo inverso, quando a omissão resultou, ainda que indiretamente, em benefício a grupos vulneráveis, foi classificada como favorável. Assim, as extinções sem julgamento de mérito foram distribuídas em três categorias distintas, segundo o impacto contextual sobre os grupos em situação de desvantagem. Para

Imagem 3 - Distribuição das decisões do STF por tipo de direito, nas controvérsias classificadas como contramajoritárias:



Fonte: elaboração própria, com dados do STF (2024).

Passando, enfim, à análise dos achados, observa-se, de início, que, na ampla maioria das ações examinadas, não se identificou qualquer conteúdo contramajoritário propriamente dito, totalizando 552 casos alheios a essa dimensão. Nesses processos, o STF atuou predominantemente como instância de controle e estabilização institucional, sem produzir efeitos relevantes sobre a proteção de minorias ou a moderação das maiorias políticas ocasionais — circunstância que, em certa medida, tensiona o seu discurso legitimador. Esse amplo conjunto de decisões evidencia, ademais, que o STF, ao aplicar o “princípio da subsidiariedade” que orienta a admissibilidade das ADPFs, adota uma seletividade deliberada, escolhendo cautelosamente as controvérsias em que intervirá. Tal padrão revela, por fim, uma autocontenção mais acentuada nas controvérsias de caráter redistributivo, em que se verificou maior propensão à evasão decisória — numa postura institucional possivelmente orientada à preservação do equilíbrio intra-elites³⁴⁶.

Como indicador dessa “evasão decisória”, mensurou-se a proporção de ADPFs extintas sem julgamento de mérito em cada categoria de direito material. A base de dados foi novamente classificada segundo o tipo de liberdade em disputa, entre negativas e

ilustrar essa lógica classificatória a partir de casos concretos do *corpus* pesquisado, na ADPF 4, que tratava da insuficiência do salário-mínimo — uma controvérsia de natureza contramajoritária e relacionada a direitos positivos —, o STF extinguiu o processo sem julgamento de mérito, decisão que, na prática, manteve a violação alegada e operou em desfavor da minoria afetada. Já na ADPF 227, que questionava súmula do TST sobre a prorrogação do adicional noturno em horas extras, a extinção sem mérito produziu efeito oposto, favorecendo os trabalhadores ao preservar a súmula protetiva da Justiça do Trabalho

³⁴⁶ Esse ponto será retomado adiante, ao se examinar o êxito de cada categoria de autor separadamente.

positivas. As ações que não se enquadravam nesses dois eixos foram excluídas, por não envolverem conteúdo contramajoritário identificável. Para tanto, o desfecho das ADPFs foi recodificado de forma dicotômica³⁴⁷, distinguindo-se entre (1) aquelas efetivamente enfrentadas pelo Tribunal no mérito — compreendendo as julgadas “procedentes”, “improcedentes”, “parcialmente procedentes” e as “resolvidas por homologação de acordo” — e (2) as ações em que o Tribunal adotou uma postura evasiva, extintas sem resolução de mérito. A Tabela 3, abaixo, sistematiza esses dados:

Tabela 3 - Distribuição dos desfechos decisórios das ADPFs segundo a natureza dos direitos envolvidos:

Desfecho decisório genérico da ADPF	Desfecho decisório específico da ADPF	Recorrência de controvérsias envolvendo direitos negativos	Recorrência de controvérsias envolvendo direitos positivos
Decisões evasivas do STF	Extinto sem resolução de mérito	109	143
Decisões com enfrentamento de mérito pelo STF	Improcedente	10	10
	Parcialmente procedente	12	6
	Procedente	47	10
	Resolvido por homologação de acordo	1	0
Total Geral	Total Geral	179	169

Fonte: elaboração própria, com dados do STF (2024).

Os resultados indicam que, nas ações referentes a liberdades negativas, 60,9% foram extintas sem julgamento de mérito, enquanto, nas liberdades positivas, esse número alcançou 84,6%. Para verificar se tal diferença poderia ser atribuída ao acaso, aplicou-se o teste qui-quadrado (χ^2) de independência, cujo resultado³⁴⁸ encontrado foi: $\chi^2 = 24,45$; $gl^{349}=1$; $p \approx 7,5 \times 10^{-7}$.

³⁴⁷ Na Tabela 3, essa dicotomia aparece na coluna referente ao “desfecho decisório genérico da ADPF”, que agrega os desfechos específicos listados na coluna seguinte em apenas duas categorias: aquelas em que o STF adotou postura decisória evasiva e aquelas em que houve algum nível de apreciação da questão de fundo. Essa simplificação será útil para a realização dos testes estatísticos apresentados na sequência.

³⁴⁸ Tal valor foi obtido a partir da comparação entre duas variáveis categóricas dicotômicas: o tipo de liberdade (negativa ou positiva) e o resultado das ADPFs (decisão evasiva ou com julgamento de mérito). Tais variáveis são denominadas “categóricas” por classificarem os casos em grupos qualitativos, não expressando meramente uma grandeza numérica. Para cada combinação dessas categorias, calcularam-se as frequências esperadas sob a hipótese de independência — isto é, quantos casos seriam previstos se não houvesse relação entre os dois aspectos analisados. Em seguida, compararam-se as frequências observadas às esperadas, e a estatística qui-quadrado resultou em $\chi^2(1) = 24,45$. O teste do qui-quadrado de independência é o procedimento adequado ao presente contexto, por permitir verificar se as variáveis estão associadas ou não (Rosa, Ohara e Menuchi, 2024).

³⁴⁹ A notação “gl” refere-se aos “graus de liberdade”, isto é, ao número de comparações independentes possíveis entre as frequências observadas e as esperadas em uma tabela de contingência. No caso em análise, como a tabela é composta por duas categorias de tipo de decisão (evasiva ou de mérito) e duas

Dado o valor- p ³⁵⁰ verificado — extremamente baixo³⁵¹ e substancialmente inferior aos níveis de significância convencionalmente adotados³⁵² —, rejeita-se a hipótese nula de independência entre as variáveis. Em outras palavras, seria extraordinariamente improvável observar uma discrepância tão acentuada entre tais proporções sob a hipótese nula de independência, ou seja, caso inexistisse relação entre a natureza do direito pleiteado e a propensão do STF à evasão decisória. O teste, portanto, endossa a existência de uma associação estatisticamente robusta entre as variáveis.

As medidas de efeito reforçam a magnitude dessa diferença: as ações relativas a direitos positivos tiveram aproximadamente 3,5 vezes mais chances³⁵³ de extinção sem resolução de mérito, quando em comparação às liberdades negativas, havendo uma evasão cerca de 39% maior nas demandas relacionadas a direitos prestacionais. Esses achados são estatisticamente consistentes com a hipótese de que o STF, ao aplicar o princípio da subsidiariedade, mostra-se especialmente seletivo quanto às controvérsias de caráter redistributivo.

categorias de natureza do direito (negativo ou positivo), o grau de liberdade é calculado pelo produto entre (n° de linhas-1) e (n° de colunas-1), ou seja, $gl = (2-1) \times (2-1) = 1$. Os graus de liberdade expressam, portanto, o número de dimensões de variação que o teste considera ao comparar o padrão empírico das frequências observadas com o padrão que seria esperado sob a hipótese nula de independência (Agresti, 2010).

³⁵⁰ No caso em exame, o valor- p ($p \approx 7,48 \times 10^{-7}$ ou 0,0000748%) resulta da aplicação do teste do qui-quadrado de independência às decisões do STF nas ADPFs examinadas, classificadas segundo o tipo de direito material discutido (direitos negativos ou positivos). O valor- p expressa a probabilidade de se observar uma diferença tão ou mais extrema entre esses dois grupos sob a hipótese de que não exista associação real entre o tipo de direito e a evasão decisória do Tribunal (ou seja, a “hipótese nula” seria a ausência de relação). O resultado obtido ($p < 0,001$) indica que haveria menos de 0,1 % de chance de se obter uma discrepância dessa magnitude apenas ao acaso, se a hipótese nula fosse verdadeira. Em termos práticos, trata-se de uma possibilidade extremamente insignificante, o que fornece forte evidência empírica contra a hipótese da independência entre as variáveis e, portanto, endossa a hipótese alternativa, da presença de associação entre o tipo de direito e a probabilidade da solução evasiva.

³⁵¹ Segundo Howard (2025), nas convenções estatísticas, os limiares de significância geralmente adotados para o valor- p são: (1) se $p < 0,05$, a evidência é estatisticamente significativa; (2) se $p < 0,01$, a evidência é muito forte; (3) se $p < 0,001$, a evidência é fortíssima. Diante disso, o valor- p obtido situa-se muito abaixo desses patamares, indicando uma evidência extremamente robusta contra a ausência de associação entre as variáveis analisadas.

³⁵² Independentemente do nível de significância adotado (0,05; 0,01; ou 0,001), rejeita-se a hipótese nula (Howard, 2025).

³⁵³ A razão de chances (*odds ratio*) é um indicador estatístico que expressa a relação entre as chances de ocorrência de um evento em dois grupos distintos. A “chance” (*odds*) de um evento corresponde à razão entre o número de casos favoráveis e o número de casos desfavoráveis em um mesmo grupo, sendo calculada como $odds = p / (1 - p)$, em que p representa a probabilidade de ocorrência. Já a razão de chances é obtida pela divisão entre as *odds* de dois grupos, ou seja: $OR = [p_1 / (1 - p_1)] / [p_2 / (1 - p_2)]$ (Agresti, 2010; Fávero *et al.*, 2017). Neste caso, p_1 corresponde à proporção de decisões de extinção sem resolução de mérito em ações de direitos positivos (143 de 169 casos, $p_1 = 0,846$) e p_2 à proporção de decisões de extinção sem mérito em ações de direitos negativos (109 de 179 casos, $p_2 = 0,609$). Obtém-se, portanto, uma razão de chances aproximada de 3,53, indicando que, nos dados analisados, as chances de extinção sem análise de mérito são cerca de três vezes e meia maiores em demandas fundadas em direitos positivos, quando comparadas às relativas a direitos negativos. Trata-se de uma medida descritiva de associação, que não implica causalidade, mas evidencia um padrão sistemático de diferenciação decisória entre as duas categorias de casos analisados.

Retornando ao gráfico da Imagem 3, se isoladas apenas as controvérsias efetivamente classificadas como contramajoritárias, verifica-se claramente o padrão conservador do Tribunal. Nos casos envolvendo direitos negativos, o Tribunal decidiu favoravelmente em 36,9% das ocasiões (66 de 179 casos) e contrariamente em 41,9% (75 de 179 casos). Já nas demandas relativas a direitos positivos, a deferência judicial foi de apenas 13,0% (22 de 169 casos), enquanto as decisões contrárias alcançaram 69,8% (118 de 169 casos).

A diferença entre as taxas de deferência, de aproximadamente 24 pontos percentuais, indica que a Corte se mostra substancialmente mais receptiva às pretensões orientadas à limitação da atuação estatal do que àquelas que exijam atuações positivas ou redistributivas por parte do poder público. Esse contraste revela uma assimetria estrutural na concretização judicial dos direitos fundamentais e sugere uma orientação institucional de autocontenção acentuada quando estão em jogo obrigações estatais de caráter prestacional.

A interpretação estatística combinada dos dados endossa, como inferência observacional, a hipótese de uma preferência estrutural do STF em prol de liberdades negativas, de caráter individualista e pró-mercado, além de uma posição refratária quanto a demandas redistributivas. A razão de chances³⁵⁴ aproximada de 4,7 para 1 em favor das liberdades negativas indica que as chances de obtenção de uma decisão favorável do STF nesses casos são quase cinco vezes maiores do que nas controvérsias relativas a liberdades positivas. Essa desproporção —estatisticamente relevante³⁵⁵— reforça a hipótese de que a atuação da Corte se orienta predominantemente por uma lógica de contenção e controle, voltada à limitação da ação estatal, e não por uma lógica de promoção e expansão da

³⁵⁴ No presente caso, a razão de chances (*odds ratio* ou OR) foi calculada apenas para as controvérsias classificadas como contramajoritárias, reportadas na Imagem 3, tomando-se como evento de interesse a decisão favorável ao pleito formulado. Nessas controvérsias, as ações envolvendo liberdades negativas registraram 66 decisões favoráveis frente a 75 desfavoráveis, enquanto as ações relativas a liberdades positivas apresentaram 22 favoráveis e 118 desfavoráveis. A partir dessas frequências, obtém-se $OR \approx 4,72$, indicando-se que as chances de êxito judicial são quase cinco vezes maiores quando a demanda busca limitar a atuação estatal do que quando requer intervenções prestacionais do Estado. Cumpre destacar que se trata de uma medida estritamente descritiva de associação, não implicando, por si, qualquer relação causal. Sobre o emprego da razão de chances, confira-se Agresti (2010) e Fávero *et al.* (2017).

³⁵⁵ A significância estatística da diferença foi novamente verificada por meio do qui-quadrado de independência aplicado à tabela de contingência formada pelo tipo de liberdade em disputa (negativa ou positiva) e pelo resultado da decisão (favorável ou desfavorável ao pleito). O valor-p extremamente baixo ($p < 0,001$) indica que, sob a hipótese nula de independência entre tais variáveis, seria extraordinariamente improvável observar uma discrepância tão acentuada entre os grupos apenas por variação aleatória, o que fornece forte evidência de associação entre o tipo de liberdade discutida e o padrão decisório do STF.

cidadania, que reclamaria uma intervenção estatal mais ativa na efetivação de políticas públicas e na redistribuição dos recursos.

Retornando à distribuição das vitórias e derrotas entre os legitimados ativos (Tabelas 1 e 2), a leitura integrada dos resultados revela um padrão empiricamente consistente: as taxas de êxito variam significativamente entre os diferentes tipos de legitimados, e a proporção de decisões contramajoritárias tende a ser mais elevada justamente entre aqueles que menos vencem. Esses dois achados, firmes do ponto de vista descritivo, sugerem que a jurisdição constitucional brasileira distribui vitórias de modo bastante desigual, espelhando as hierarquias estruturais subjacentes.

A inferência observacional extraível desse quadro geral — sugerida pelo padrão de distribuição dos resultados — é a presença de algum nível de intencionalidade seletiva: o STF parece exercer sua função contramajoritária de forma estratégica, intervindo preferencialmente em contextos politicamente seguros, isto é, quando a proteção de minorias e direitos fundamentais não desafia frontalmente as coalizões políticas ou institucionais dominantes³⁵⁶. Ainda que seja possível identificar núcleos de decisões progressistas em temas morais e identitários, mesmo nessas situações o STF adota uma postura de orientação individualista, seguindo o já descrito padrão de autocontenção em questões de natureza econômico-social.

Como dito anteriormente, entre os casos exitosos (196), cerca de 56,12% sequer envolveram conteúdo contramajoritário identificável. E, dentre as controvérsias propriamente contramajoritárias, a deferência do Tribunal concentrou-se em ações envolvendo liberdades negativas (cerca de 33,16% do total), de baixo custo político e corte individualista, enquanto os direitos positivos ou prestacionais eram o tema de fundo em cerca de 10,7% das decisões favoráveis.

No conjunto geral das ADPFs, contudo, os direitos sociais e as liberdades negativas figuraram em proporções praticamente equivalentes — 179 e 169 casos, respectivamente —, o que indica que a disparidade verificada não decorre da recorrência das demandas, mas de alguma propensão decisória do STF, que tende a acolher com maior facilidade teses de limitação estatal quando em comparação com as de natureza redistributiva. Essa assimetria reforça a constatação de que, embora o repertório de judicialização contenha um volume expressivo de demandas voltadas à efetivação de

³⁵⁶ O autor desta tese já teve a oportunidade de demonstrar empiricamente essa conclusão em pesquisa anterior. A este respeito, confira-se Santos (2018).

direitos prestacionais, o STF tende a reafirmar uma lógica de contenção distributiva de caráter essencialmente circunstancial, limitando o alcance transformador de sua atuação.

Nessa dinâmica, a judicialização opera menos como instrumento de emancipação coletiva e mais como mecanismo de despolitização, deslocando para o plano técnico-jurídico conflitos que são, em essência, distributivos e estruturais. O saldo final é um padrão decisório amplamente funcional à racionalidade neoliberal, em que a proteção de direitos se dissocia da transformação social e se converte em ferramenta precipuamente de gestão, sobrelegitimada pelo discurso da neutralidade judicial e pela abordagem individualista dos direitos.

Em síntese, quando arbitra casos com potencial contramajoritário, a Corte tende a ser mais deferente às liberdades negativas — associadas à limitação da intervenção estatal — e refratária às demandas redistributivas, que implicam prestações materiais e deslocamentos de poder. Lidos em conjunto, os dados apontam, ainda, que o STF atua primordialmente como árbitro institucional, priorizando controvérsias federativas, administrativas e de organização estatal, e não como agente de transformação social. Essa seletividade reforça a percepção de que a autocontenção, longe de representar uma postura de neutralidade valorativa, funciona como um mecanismo de autolimitação estratégica, voltado à preservação da legitimidade institucional e da estabilidade posicional do próprio Tribunal.

Mas, para além do conteúdo de fundo das controvérsias, a variação nas taxas de êxito e sucumbência entre as várias categorias de legitimados ativos também foi bastante expressiva. Uma leitura panorâmica dos dados sugere que o desempenho judicial guarda relação direta com o peso institucional do proponente. Nessa perspectiva, o STF tenderia a acolher com maior frequência as pretensões de atores mais bem posicionados na estrutura estatal, ao mesmo tempo em que seria mais refratário às demandas apresentadas por atores institucionalmente mais frágeis. Esse padrão de seletividade refletiria, assim, o lugar ocupado por cada um desses atores na hierarquia política nacional, vazando, no âmbito judicial, as assimetrias de poder já presentes no próprio sistema político.

Para avaliar essa hipótese, aplicou-se o teste de independência qui-quadrado (χ^2) a uma tabela de contingência 13×2 elaborada a partir dos dados das Tabelas 1 e 2, na qual cada linha correspondeu a uma categoria institucional de legitimado ativo — Conselho Federal da OAB, entidades representativas (elites do funcionalismo, trabalhadores em geral, funcionalismo, setor patronal e profissionais liberais), governadores, mesas legislativas, partes ilegítimas, partidos políticos, o Procurador-Geral da República e o

Presidente da República — e as duas colunas registraram as frequências de êxito e de sucumbência respectivas. Esse teste, como exposto anteriormente, permite verificar se as diferenças observadas nas taxas de sucesso resultam do acaso ou expressam um padrão sistemático de resultados.

O resultado obtido ($\chi^2 = 118,22$; $gl^{357} = 12$; $p = 1,4 \times 10^{-19}$) indica uma associação altamente significativa entre o tipo de legitimado ativo e o desfecho das ações. Em termos substantivos, o teste sugere que as diferenças observadas nas taxas de êxito não se explicam por variação aleatória³⁵⁸, refletindo, antes, um padrão estrutural de assimetria³⁵⁹. Assim, a jurisdição constitucional brasileira opera segundo uma lógica seletiva de reconhecimento institucional, na qual a autoridade e a posição do proponente condicionam de maneira sistemática as probabilidades de acolhimento judicial.

Contudo, olhados de perto, o que os dados novamente sinalizam não é apenas quem vence com mais frequência, mas, sobretudo, que tipo de causa é particularmente exitosa. E, sob essa chave interpretativa alternativa, verifica-se que os sucessos se concentram majoritariamente em ações de perfil institucional, enquanto as demandas voltadas à ampliação dos direitos sociais e à implementação de políticas redistributivas permanecem residuais e, em geral, malsucedidas. Em outras palavras, em termos relativos, o desempenho dos legitimados pode explicar-se até menos por sua posição institucional do que pelo conteúdo material em si das causas que prosperam.

Para ilustrar essa conclusão, dentre os atores institucionais, a Procuradoria-Geral da República (PGR) apresentou 41 vitórias e 36 derrotas, o que corresponde a uma taxa de êxito de aproximadamente 53,2%. À primeira vista, esse resultado poderia sugerir um alto prestígio e deferência institucional do STF, refletindo o papel central da PGR no sistema de justiça e um maior alinhamento entre as suas elites.

³⁵⁷ A notação “gl” refere-se aos “graus de liberdade”, isto é, ao número de comparações independentes possíveis entre as frequências observadas e as esperadas em uma tabela de contingência. No caso em análise, os 12 graus de liberdade resultam do produto entre o número de categorias de legitimados menos um e o número de desfechos menos um — $(13-1) \times (2-1) = 12$. Os graus de liberdade expressam, portanto, as dimensões de variação que o teste considera ao medir a discrepância entre o padrão empírico e o que seria esperado sob a hipótese nula de independência (Agresti, 2010).

³⁵⁸ Como já exposto em passagem anterior, pelos valores insignificantes alcançados, pode-se rejeitar a hipótese nula (H_0) de independência entre as variáveis.

³⁵⁹ Ressalte-se que o teste qui-quadrado de independência parte da hipótese nula de igualdade de proporções entre categorias, o que implica presumir que todos os legitimados ativos teriam probabilidades médias idênticas de êxito, caso não houvesse relação estrutural entre o tipo de legitimado e o resultado das ações. Na prática, essa suposição, embora necessária, é abstrata e idealizada, pois desconsidera fatores substantivos que influenciam os desfechos — como o conteúdo jurídico da matéria, a natureza da norma impugnada, o grau de conflito político e a densidade constitucional do tema. O teste, assim, não pondera o mérito das decisões nem estabelece relações de causalidade, limitando-se, a partir dessa simplificação heurística, a indicar a presença de um padrão não aleatório na distribuição dos êxitos.

Uma análise qualitativa, contudo, revela nuances relevantes desse sucesso. Das 41 vitórias, 24 não apresentaram conteúdo contramajoritário identificável, 16 trataram de liberdades negativas e apenas uma envolveu direitos positivos. Já entre as 36 derrotas, observa-se padrão semelhante, embora invertido em proporção: enquanto nas vitórias a razão entre casos de liberdades negativas e positivas foi de 16:1, nas derrotas essa relação aproxima-se de 8:6. Esse contraste indica que mesmo o insucesso da PGR tende a ocorrer quando estão em jogo demandas de caráter prestacional.

Com atuação predominantemente jurídico-institucional, a litigância³⁶⁰ da PGR nas ADPFs tem se orientado à preservação das prerrogativas do Estado e à manutenção da coerência sistêmica do ordenamento jurídico, mais do que à promoção substantiva da cidadania e à ampliação de direitos. Assim, embora apresente uma taxa global de vitórias relativamente elevada, a PGR atua de forma bastante secundária na defesa de grupos vulneráveis e, nesses casos, tende a obter um sucesso igualmente reduzido, sobretudo nas discussões relacionadas a direitos sociais.

De modo análogo, a Presidência da República — com 6 vitórias e 5 derrotas, correspondendo a uma taxa de êxito de aproximadamente 54,5% — apresentou uma litigância de caráter marcadamente institucional, com perfil federativo-centralizadora. Suas ações concentraram-se na afirmação das prerrogativas da União e na delimitação de competências administrativas em face dos entes subnacionais. Como regra, o STF mostrou-se amplamente receptivo a tais demandas, reafirmando a coerência do sistema federativo sob uma lógica hierárquica e centrípeta, na qual o poder decisório tende a articular-se de modo *top-down*. Observa-se, nesse conjunto de ações presidenciais, a ausência de controvérsias de natureza social ou voltadas à ampliação de direitos, o que revela uma agenda estritamente institucional, apartada das disputas relativas à efetivação de direitos fundamentais.

Do mesmo modo, os Governadores — com 48 vitórias em 121 ações, o que corresponde a cerca de 39,7% de êxito — exibiram uma litigância de perfil eminentemente político-administrativo, centrada em matérias fiscais, na preservação do regime de precatórios e na afirmação da autonomia estadual frente à União. A quase totalidade das suas ações carece de conteúdo contramajoritário ou redistributivo,

³⁶⁰ O leitor pode consultar os resumos das controvérsias materiais de cada ADPF na planilha disponibilizada pelo autor, disponível em: <https://www.mediafire.com/file/qvxxrh0nqg18daz/ADPFs+judgadas+até+23-07-2024.xlsx/file>. Na coluna “controvérsia de fundo”, apresenta-se um breve resumo da questão substancial discutida em cada ação. A planilha também permite filtrar e cruzar as demandas por legitimado ativo, tema ou resultado, entre outras possibilidades. O *upload* do arquivo foi realizado em 6 nov. 2025, às 18h40.

refletindo um contencioso federativo de natureza essencialmente tecnocrática, voltado à repartição de competências e à gestão de receitas e despesas públicas. Além disso, as raras demandas com dimensão social perpetradas pelos governos estaduais foram malsucedidas, reforçando a conclusão de que, no âmbito das ADPFs, a judicialização serve mais à gestão do Estado do que à ampliação da cidadania.

Em termos gerais, os partidos políticos tendem a introduzir maior fricção na jurisdição constitucional do STF, tanto por protagonizarem controvérsias de maior densidade política e facciosa, quanto por manterem, potencialmente, vínculo mais estreito com bases sociais organizadas, o que lhes confere uma litigância mais nítida e frequentemente contramajoritária. Contrastam, nesse ponto, com os legitimados que ocupam posições de alta autoridade institucional, cujas ações se concentram predominantemente em questões organizacionais e administrativas, menos sujeitas a dissenso público e, portanto, mais propensas a encontrar menor resistência judicial.

Não por menos as agremiações partidárias representadas no Congresso Nacional³⁶¹, embora constituam a categoria mais atuante no ajuizamento de ADPFs, registraram 57 vitórias e 262 derrotas, o que representa uma taxa de êxito de apenas 17,9%. A análise do conteúdo das decisões revela um padrão institucional marcante: das 57 vitórias, 15 não veiculavam conteúdo contramajoritário identificável, enquanto 36 concentraram-se em liberdades negativas — especialmente em temas relacionados a direitos políticos, direitos individuais, liberdades econômicas e remoção de barreiras regulatórias. Por outro lado, apenas seis vitórias envolveram a afirmação de liberdades positivas. Nas derrotas, esse contraste tornou-se ainda mais evidente: entre os 262 casos malsucedidos, 65 tratavam de direitos positivos, número mais de dez vezes superior ao observado nas decisões favoráveis.

Esse quadro indica que, embora os partidos apresentem uma litigância socialmente mais engajada do que legitimados antecedentes, sua atuação por meio das ADPFs tem se orientado majoritariamente à disputa política e à defesa de prerrogativas, com impacto relevante no campo das liberdades negativas, mas baixa efetividade em matérias de caráter redistributivo ou social. Desse modo, o uso da ADPF mesmo pelos partidos revela-se mais um instrumento de competição institucional e afirmação de direitos civis e políticos do que um mecanismo eficaz de promoção de justiça material.

³⁶¹ Ou seja, aquelas que contem com ao menos um parlamentar federal no momento da propositura da ação, seja ele membro do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados (Barroso, 2012).

Por seu turno, as entidades representativas do setor patronal exibiram uma litigância predominantemente regulatória e defensiva, orientada à limitação da intervenção estatal no domínio econômico e à preservação de prerrogativas corporativas. Com 22 vitórias e 76 derrotas (aproximadamente 22% de êxito), essa atuação revela um desempenho modesto, mas longe de ser irrelevante no conjunto das ações propostas. Sob o ponto de vista qualitativo, a maioria das vitórias não veiculou conteúdo contramajoritário, concentrando-se em questões de competência legislativa, validade de normas regulatórias, tributação e intervenções administrativas que afetam diretamente o ambiente de negócios.

Os êxitos patronais envolveram, em geral, restrições reputadas indevidas ao exercício das liberdades econômicas, extrapolações de competência federativa por entes subnacionais e contestações a regulações trabalhistas, compondo um conjunto típico de liberdades negativas associadas à autonomia empresarial. As derrotas, por sua vez, concentraram-se em ações relacionadas à regulação administrativa, econômica e ambiental, nas quais o STF endossou a restrição estatal.

A litigância patronal revelou, portanto, uma atuação seletiva e tecnicamente orientada, voltada à preservação de prerrogativas corporativas e à redução de custos regulatórios. Trata-se de uma prática institucionalmente legítima, mas socialmente limitante, que reforça a tendência do recurso à jurisdição constitucional operar como um instrumento de defesa de interesses organizados, mais do que como meio de promoção da igualdade substantiva e de ampliação da cidadania.

De modo semelhante, a litigância das entidades representativas das elites do funcionalismo exibiu um perfil marcadamente corporativo, orientado à defesa de prerrogativas funcionais, garantias remuneratórias e à preservação da autonomia administrativa de carreiras de elite do serviço público. Suas ações concentram-se, em geral, em disputas sobre repasses orçamentários, vinculações salariais, benefícios funcionais e garantias de fortalecimento institucional, evidenciando o uso da jurisdição constitucional como instrumento de autoproteção corporativa, e não como meio de ampliação de direitos coletivos.

Com 8 vitórias e 42 derrotas (cerca de 16% de êxito), o desempenho dessas entidades foi modesto, porém insistente e com uma agenda relativamente coesa. A maioria das vitórias esteve dissociada de qualquer conteúdo contramajoritário, limitando-se à resolução de controvérsias internas à administração pública e ao fortalecimento de posições institucionais já amplamente consolidadas. Nenhum caso vitorioso envolveu a

promoção de direitos sociais ou coletivos, e apenas um tratou de liberdades negativas — ainda assim, sob uma perspectiva corporativa, ligada à liberdade de expressão de agentes públicos. As derrotas, por sua vez, seguiram o mesmo padrão, concentrando-se em questões de natureza organizacional e carentes de conteúdo voltado à defesa de grupos vulneráveis.

Assim, a litigância das elites do funcionalismo operou predominantemente dentro da estrutura estatal com o propósito de preservar espaços de autonomia e influência das corporações públicas. Seu impacto social foi, por conseguinte, nulo ou negativo, e sua atuação tendeu mais a reafirmar o *status quo* institucional do que a questioná-lo. Trata-se de uma litigância tecnicamente apurada e juridicamente legítima, mas socialmente autorreferida e limitada, que novamente confirma a tendência de a jurisdição constitucional funcionar como uma arena privilegiada para a defesa de interesses organizados e o reforço de hierarquias sociais.

Por seu turno, as entidades representativas do funcionalismo de base apresentaram uma litigância de perfil moderadamente corporativo e defensivo, voltada à preservação de direitos estatutários e de garantias laborais mínimas. Numericamente discreta — com 3 vitórias e 16 derrotas (aproximadamente 15,8% de êxito) —, sua atuação concentrou-se em temas corporativos, mas também trabalhistas, refletindo uma agenda mais reativa que propositiva. Os êxitos alcançados não veicularam conteúdo contramajoritário identificável, restringindo-se a disputas de natureza estatutária, como o reconhecimento das guardas municipais como órgãos de segurança pública e a limitação de punições disciplinares desproporcionais. As derrotas, por sua vez, concentraram-se em questões trabalhistas clássicas — como correções salariais, licenças sindicais, previdência social e reestruturações administrativas —, nas quais o STF endossou a validade das escolhas governamentais.

A litigância do funcionalismo comum revelou, portanto, uma atuação fragmentada, centrada na defesa de interesses imediatos e de alcance redistributivo limitado. Embora institucionalmente legítima, sua agenda judicial reproduziu a lógica de autoproteção típica das corporações públicas, sem ampla vocação transformadora ou capacidade efetiva de ampliação dos direitos coletivos. Menos influente no plano institucional, suas vitórias — além de escassas — mostraram-se também menos expressivas em termos qualitativos do que aquelas obtidas pelas elites do funcionalismo.

A atuação das entidades representativas dos profissionais liberais mostrou-se menos frequente, mas mais coerente em termos sociais, caracterizando uma litigância

setorial voltada à defesa de direitos trabalhistas, sindicais e previdenciários — frequentemente em reação a reformas ou políticas governamentais percebidas como lesivas à autonomia profissional ou à proteção social mínima das categorias envolvidas. Embora numericamente reduzida e menos sofisticada que a patrocinada pelas elites do funcionalismo, essa atuação reverberou uma faceta relevante do contencioso coletivo, ao articular demandas de uma classe média organizada em torno da preservação de garantias laborais e da manutenção de espaços institucionais de representação profissional.

Houve 2 êxitos e 6 derrotas, o que corresponde a uma taxa de sucesso de 25% — superior à das elites do funcionalismo (16%) e próxima à das entidades patronais (22%). Diferentemente dessas categorias, porém, as vitórias das entidades de profissionais liberais concentraram-se exclusivamente em matérias de liberdades positivas, voltadas à efetivação de direitos sociais e coletivos, especialmente na defesa de garantias sindicais e na proteção de condições dignas de trabalho. Suas derrotas também mantiveram essa coerência temática, vinculando-se a contestações de reformas previdenciárias, sindicais e trabalhistas.

A litigância das entidades de profissionais liberais revelou-se, portanto, seletiva, mas ideologicamente orientada, situando-se entre o corporativismo e a defesa de direitos sociais. Embora movida por interesses profissionais, apresentou maior potencial redistributivo que o observado entre o funcionalismo e o setor patronal, ao acionar a jurisdição constitucional para conter retrocessos sociais e reafirmar garantias trabalhistas. Trata-se de uma atuação modesta em volume, mas qualitativamente expressiva, marcada pelo compromisso abrangente com a proteção social.

Por fim, as entidades representativas dos trabalhadores em geral exibiram uma litigância mais expressiva e socialmente orientada que a das demais categorias até aqui analisadas. Sua atuação destacou-se pela coerência temática e pela centralidade de demandas voltadas à efetivação de direitos sociais e trabalhistas, abordando majoritariamente questões como previdência, proteção laboral, liberdade sindical e garantias de representação coletiva. Não por acaso, registraram apenas 6 vitórias diante de 39 derrotas — uma taxa de êxito modestíssima, de cerca de 13%.

Embora pontuais, as vitórias das entidades de trabalhadores concentraram-se em liberdades positivas voltadas à promoção de direitos sociais e à proteção de grupos vulneráveis, revelando uma litigância de nítido caráter contramajoritário e vocação redistributiva. As derrotas, embora predominantes, seguiram a mesma orientação temática, evidenciando a persistência de uma pauta socialmente engajada, ainda que

esbarrando na postura tradicionalmente conservadora e pouco receptiva do STF diante de demandas de caráter social e trabalhista.

Numa rápida recapitulação, o panorama da litigância nas ADPFs descrito indica que, quanto maior o peso institucional e político do legitimado ativo, maiores são suas chances de êxito. Em contraste, os atores socialmente orientados — sindicatos, associações profissionais, entidades de trabalhadores e até mesmo partidos políticos —, embora acionem o controle concentrado com maior frequência em defesa de direitos coletivos e prestacionais, enfrentam taxas de sucesso sensivelmente inferiores. Observa-se, assim, que os legitimados que mais se engajam na proteção de interesses de grupos sub-representados são também aqueles que, proporcionalmente, empilham o maior número de derrotas, apresentando índices de êxito abaixo da média geral.

Verifica-se, portanto, um padrão sistemático de relação inversa entre o engajamento social do legitimado e o seu desempenho judicial. Dito de outro modo, quanto mais a litigância se orienta à defesa de direitos coletivos e de minorias vulnerabilizadas, menor tende a ser a taxa de êxito nas ADPFs. Esse achado reforça a hipótese de seletividade elitista da jurisdição constitucional e tensiona a credibilidade do discurso legitimador que reivindica para o STF uma função contramajoritária.

Nesse sentido, a análise empírica ora empreendida indica, em caráter exploratório, que a Corte opera predominantemente como instância de estabilização institucional, mais do que como vetor de transformação social. A distribuição das vitórias e o conteúdo das decisões revelam uma racionalidade decisória majoritariamente conservadora, caracterizada por deferência política seletiva, tecnicismo evasivo e resistência a intervenções de caráter redistributivo. O resultado é uma justiça constitucional formalmente inclusiva, mas materialmente filtrada, em que o reconhecimento normativo de direitos convive com uma marcada reticência em promovê-los na prática. Trata-se, assim, de uma jurisdição que tende a afirmar mais do que a realizar direitos, preservando a arquitetura institucional enquanto limita a expansão substantiva da cidadania.

Como etapa final da investigação, e para além dos achados empíricos que evidenciaram o padrão de seletividade estrutural ora delineado, mostra-se pertinente uma ampliação derradeira do horizonte analítico, deslocando o foco do comportamento decisório da Corte para os fatores político-institucionais que podem ter moldado o seu recente empoderamento. Em especial, a evolução da fragmentação partidária no sistema político brasileiro — fenômeno inerente ao processo de redemocratização e à universalização do sufrágio, que trouxe consigo a diversificação dos antagonismos e dos

interesses em disputa na arena democrática — e os seus reflexos sobre a dinâmica da judicialização configuram um terreno fértil para compreender como a dispersão do poder político pode ter contribuído para o fortalecimento da autoridade do STF, como estratégia de entrincheiramento institucional e de salvaguarda de interesses historicamente privilegiados.

Nesse contexto, e como objeto da Seção seguinte, a relação entre o grau de fragmentação partidária e a expansão da intrusão judicial servirá para examinar, em perspectiva igualmente exploratória, de que modo o empoderamento do STF se entrelaça à reconfiguração das relações entre os Poderes sob os marcos da Nova República.

4.4 Fragmentação partidária e empoderamento judicial: a dispersão do poder político e a ascensão do STF na Nova República

A partir das premissas teóricas já delineadas no Capítulo 2, busca-se, nesta etapa final, explorar empiricamente a hipótese de que a dispersão do poder político, decorrente da crescente fragmentação partidária, pode ter contribuído para o fortalecimento do papel político do STF na Nova República. O objetivo desta Seção é, portanto, examinar como as variações no grau de fragmentação eleitoral se articulam à expansão do poderio jurisdicional, em linha com a tendência global observada no último quartil do século XX, tomando por referência indicadores consolidados na literatura comparada para medir a dispersão dos sistemas partidários.

Pois bem, no caso brasileiro, a forma proposta para testar, ainda que indiciariamente, a hipótese de articulação entre a fragmentação eleitoral e o empoderamento judicial — tal como magistralmente teorizado por Ginsburg (2003) —, consiste em acompanhar a evolução do número efetivo de partidos (NEP) nas eleições legislativas pós-Constituição de 1988 e justapô-la à trajetória do estoque de ações de controle concentrado que tramitaram no STF no mesmo período.

O Número Efetivo de Partidos (NEP) constitui uma métrica amplamente consagrada na ciência política comparada para mensurar o grau de fragmentação de um sistema partidário. Para além da simples contagem de legendas, essa medida leva em consideração, de forma simultânea, tanto o número de partidos existentes quanto o peso relativo de cada um deles, oferecendo uma representação mais fiel da competitividade e da distribuição de poder entre as siglas. Seu cálculo fundamenta-se na fórmula proposta

por Laakso e Taagepera (1979)³⁶² e compreende quatro etapas: (1) determinar a proporção de votos ou cadeiras obtida por cada partido em relação ao total; (2) elevar essa proporção ao quadrado; (3) somar os valores resultantes; e (4) obter o NEP pelo inverso do somatório desses quadrados.

Já o acervo de ações de controle concentrado³⁶³ designa o estoque de processos sob responsabilidade do STF em determinado ano, abrangendo o acúmulo das ações atuadas e ainda não definitivamente baixadas³⁶⁴. Trata-se, portanto, de uma medida que expressa o volume acumulado de demandas pendentes, resultante do balanço entre novos ingressos e baixas processuais, funcionando como um indicador sintético do estoque de trabalho do STF e das tendências de congestionamento ou de resolução processual ao longo do tempo.

Embora esse volume processual, por si só, não constitua um indicador direto do empoderamento judicial, a sua variação temporal pode sinalizar padrões de ativismo decisório, especialmente quando articulada à responsividade institucional³⁶⁵ do Tribunal. Como amplamente documentado na literatura sobre instituições judiciais e separação de

³⁶² Sua fórmula é a seguinte: $NEP = 1/\sum p_i^2$, em que p_i representa a proporção de votos ou de cadeiras obtida pelo partido i . Cada proporção é elevada ao quadrado para captar a concentração de poder, atribuindo maior peso aos partidos com maior representação e reduzindo o impacto dos partidos minoritários no resultado final. O número efetivo de partidos corresponde ao inverso desse somatório, de modo que valores mais baixos indicam maior concentração de cadeiras em poucas siglas, enquanto valores mais elevados revelam maior fragmentação partidária (Laakso & Taagepera, 1979).

³⁶³ As ações de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do STF — Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) — são instrumentos destinados à fiscalização abstrata da constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público. Como já se adiantou, diferem das ações e recursos de controle difuso por se voltarem a impugnações em tese, isto é, desvinculadas de casos concretos, e por produzirem efeitos *erga omnes* e vinculantes. Tais ações veiculam, portanto, os principais mecanismos de intervenção judicial no processo político e normativo, permitindo ao STF exercer seu papel de “guardião da Constituição”.

³⁶⁴ No âmbito do STF, considera-se ação não definitivamente baixada aquela que ainda integra o acervo ativo do Tribunal, seja porque permanece em tramitação, sem uma decisão terminativa ou definitiva, seja porque, embora já julgada, não teve concluídas todas as demais etapas formais de encerramento processual — como a certificação do trânsito em julgado, a publicação definitiva do acórdão ou a baixa administrativa no sistema. Em termos estatísticos, tais ações são contabilizadas como parte do estoque de processos pendentes, refletindo o volume de demandas ainda “ativas” sob a responsabilidade do STF.

³⁶⁵ A responsividade judicial pode ser aqui compreendida como a disposição de um tribunal para, quando provocado, interferir na arena política, refletindo o grau em que a Corte se mostra propensa a exercer funções de controle ou revisão sobre as decisões dos demais poderes. Em termos analíticos, o conceito expressa a abertura institucional do Judiciário para atuar como instância de veto ou de deliberação política, especialmente diante de demandas que questionam a constitucionalidade de leis e atos do poder público (Tate e Vallinder, 1995).

poderes³⁶⁶, as expectativas de responsividade do Judiciário influenciam diretamente os incentivos para acioná-lo como arena de disputa normativa³⁶⁷.

Feitas essas considerações, e tendo em vista a necessidade de comparar, em uma mesma ilustração, duas variáveis de natureza e escala distintas, optou-se pela utilização de um eixo Y duplo no gráfico da Imagem 4, a seguir: o eixo principal, à esquerda, exibirá a variável “evolução do estoque processual de ações de controle concentrado no STF (1990-2024)”³⁶⁸, enquanto o eixo secundário, à direita, representará a variável “evolução do número efetivo de partidos políticos na Câmara dos Deputados, considerando as eleições, de 1990 a 2022”³⁶⁹. Eis a representação gráfica da articulação dessas variáveis:

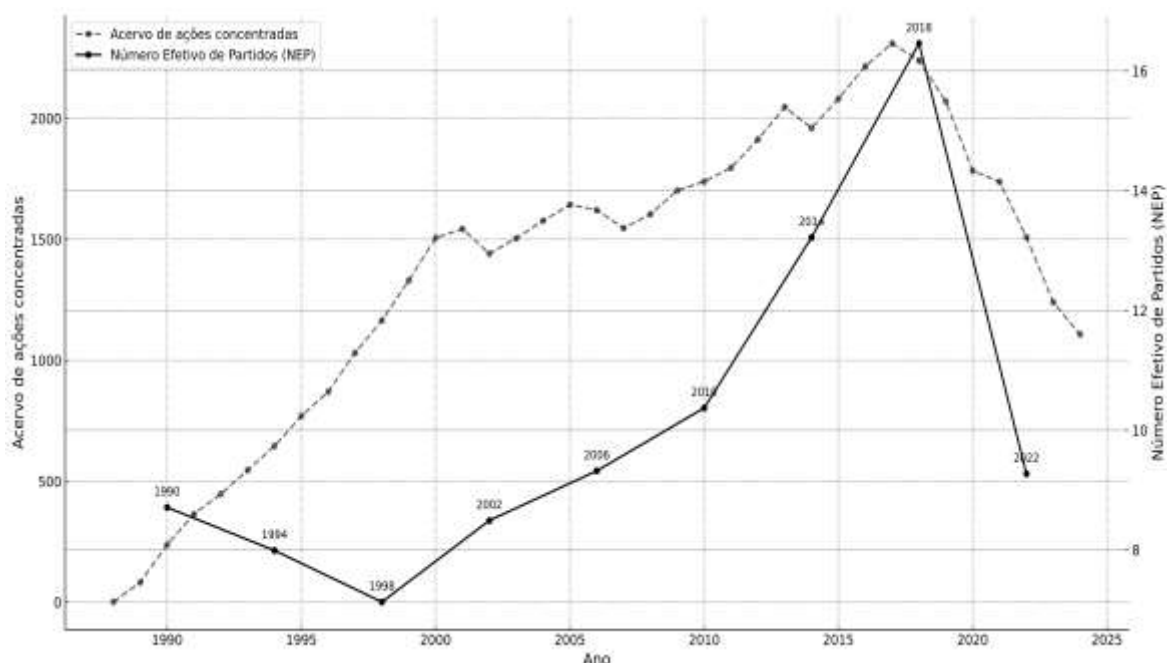
Imagem 4- Evolução do estoque processual de ações de controle concentrado no STF (1990-2024) em comparação com a evolução do número efetivo de partidos políticos na Câmara dos Deputados, considerando as eleições de 1990 a 2022:

³⁶⁶ A literatura sustenta a correlação entre o crescimento de ações perante cortes constitucionais e a confiança dos demandantes na efetividade de suas respostas. A judicialização da política tende a se intensificar quando o Judiciário é percebido como uma arena decisória capaz de oferecer soluções alternativas em contextos de fragmentação partidária ou paralisia governamental. A possibilidade de que a Suprema Corte revise normas ou intervenha em decisões dos demais poderes constitui um incentivo estratégico para que atores organizados recorram ao seu foro, seja para reverter derrotas políticas, seja para legitimar agendas próprias. Nesse sentido, partidos e grupos de interesse acionam o tribunal de modo calculado, conforme percebem maior receptividade da Corte aos seus pleitos (Tate e Vallinder, 1995; Ginsburg, 2003). No Brasil pós-1988, o aumento das ações de controle concentrado, sobretudo das ADIs, tem sido associado à fragmentação do sistema partidário e à percepção de abertura decisória do STF. Essa dinâmica configura uma relação simbiótica entre demandantes e tribunal: os primeiros instrumentalizam o STF para avançar seus objetivos políticos e jurídicos, enquanto a Corte amplia sua autoridade e prestígio institucional ao arbitrar questões centrais da vida pública (Bogéa, 2022; Carvalho, 2009; Costa, Carvalho e Farias, 2016).

³⁶⁷ Quando essa expectativa é baixa, isto é, quando a Corte se mostra pouco receptiva ou previsivelmente autocontida, observa-se uma tendência à redução estratégica do seu acionamento como instância de veto institucional, afetando negativamente o seu estoque processual. Em tais contextos de autocontenção, os atores políticos e sociais tendem a manter a disputa nos espaços decisórios convencionais, como o Legislativo ou o Executivo, restringindo o papel do STF como contrapeso ativo no sistema político, por uma postura inofensiva. Por outro lado, o oposto também se verifica, isto é, a maior responsividade tende a estimular o aumento do recurso ao Tribunal como arena de veto e deliberação constitucional (Tate e Vallinder, 1995).

³⁶⁸ O portal “Corte Aberta” (STF, 2024) disponibiliza diretamente os dados referentes ao acervo anual de ações de controle concentrado no período de 1988 ao presente. As informações sobre o estoque processual dessas ações foram, portanto, extraídas desta fonte primária, tomando-se como referência a data de fechamento técnico deste trabalho, em 23 de julho de 2024.

³⁶⁹ O cálculo — dada a intensa mobilidade das bancadas produzida no curso das legislaturas pelo fenômeno da infidelidade partidária — foi realizado com base nas bancadas originalmente eleitas para a Câmara dos Deputados nas eleições de 1990, 1994, 1998, 2002, 2006, 2010, 2014, 2018 e 2022, segundo os resultados eleitorais oficialmente proclamados pelo Tribunal Superior Eleitoral, disponíveis para consulta no portal “Dados Abertos do TSE” (Brasil, 2024).



Fonte: elaboração própria, com dados do TSE (2024) e do STF (2025)

Essa representação gráfica busca evidenciar a evolução paralela entre a fragmentação partidária e o estoque judicial, permitindo identificar sincronicidades entre a dispersão do sistema político e a atuação proativa do STF no contexto da Nova República. Sem pretender demonstrar relação causal ou mesmo uma correlação estatística³⁷⁰, o gráfico funciona como um instrumento exploratório, voltado à observação de comovimentos e tendências convergentes entre o comportamento do sistema partidário e a atuação do Tribunal ao longo do tempo. A justaposição dessas séries possibilita entrever padrões históricos e estruturais na interação entre política e jurisdição constitucional no Brasil pós-1988.

³⁷⁰ A despeito deste gráfico não medir a correlação diretamente, a apuração estatística dessa medida também sustenta a associação entre as variáveis. Para testar empiricamente a hipótese de correlação entre a fragmentação partidária e o empoderamento judicial, calculou-se o coeficiente de correlação de Pearson (r) entre o número efetivo de partidos (NEP) e o acervo de ações de controle concentrado do STF, no período de 1990 a 2024. Para fins de aproximação, dada a oscilação das bancadas numa mesma legislatura, considerou-se que o NEP permanece constante entre dois ciclos eleitorais, refletindo a composição parlamentar vigente até o pleito subsequente. A partir dessa interpolação anual, as duas séries foram emparelhadas e submetidas a análise de correlação linear. O resultado obtido ($r = 0,6146$) indica uma associação positiva e estatisticamente significativa entre o grau de fragmentação partidária e o volume de ações concentradas em tramitação no STF. Esse achado endossa estatisticamente que, à medida que o sistema político se torna mais fragmentado, intensifica-se a tendência de judicialização no controle concentrado de constitucionalidade — evidenciando, no caso brasileiro, ao menos em parte, a dinâmica prevista pela hipótese do “seguro eleitoral” de Ginsburg (2003), segundo a qual a dispersão de poder entre partidos e coalizões aumenta o incentivo ao recurso estratégico às cortes constitucionais como arena decisória alternativa.

A leitura dos dados sugere uma associação significativa entre a intensificação da fragmentação partidária e o crescimento do acervo de ações de controle concentrado submetidas ao STF. À medida que o sistema partidário se torna mais pulverizado e o processo decisório mais disperso, observa-se uma corrida de múltiplos atores institucionais — partidos, minorias parlamentares, governos estaduais e grupos de interesse — ao balcão da jurisdição constitucional, utilizando o Tribunal como arena substitutiva de veto e de deliberação política. Esse movimento corrobora, no contexto brasileiro, a hipótese do “seguro eleitoral” formulada por Ginsburg (2003), segundo a qual o empoderamento das cortes constitucionais tende a se fortalecer em sistemas políticos marcados por incerteza, intensa competição e baixa previsibilidade na arena legislativa.

Sob esse prisma, a fragmentação das elites parlamentares produz um efeito duplo sobre o equilíbrio entre os Poderes. De um lado, eleva os custos de transação deliberativa, dificultando a formação de consensos e a aprovação de políticas no âmbito legislativo; de outro, reduz a capacidade de coordenação interinstitucional necessária para conter ou reagir a avanços judiciais em matérias de natureza política. Tal configuração cria um ambiente propício ao protagonismo do STF, que passa a ocupar espaços decisórios deixados vagos pela paralisia do processo político. Ao mesmo tempo, o risco de retaliação institucional torna-se mínimo, pois qualquer tentativa de reação dependeria de maiorias parlamentares bastante amplas e coesas, improváveis em contextos de elevada dispersão partidária.

Verifica-se, portanto, um ciclo de reforço mútuo entre a fragmentação política e o empoderamento judicial, de modo que, quanto mais fragmentado for o sistema partidário, maior tende a ser a judicialização da política e, por consequência, o fortalecimento do papel político do STF como árbitro final das disputas normativas no sistema democrático brasileiro. Assim, a judicialização da política no Brasil contemporâneo parece menos um desvio episódico e mais uma consequência estrutural da própria arquitetura de dispersão do poder instaurada pela redemocratização.

Como agenda futura, levantamentos e estudos adicionais poderão aprofundar a compreensão dessa relação, explorando suas dimensões causais e incorporando outras variáveis estratégicas para explicar a dinâmica da judicialização. Uma dessas hipóteses diz respeito ao grau de alinhamento entre governo e legislatura: coalizões governamentais amplas e sólidas, ao fortalecerem a capacidade de coordenação política e elevarem o custo de eventuais intrusões do Judiciário, tendem, em tese, a reduzir a propensão à intervenção

judicial. Em contrapartida, contextos de desalinhamento institucional ou de governos minoritários podem ampliar o recurso estratégico ao STF como instância de veto ou arena decisória alternativa. Outra linha promissora de investigação refere-se à hipótese de que a democracia de massas, ao pluralizar a representação e reduzir a coesão parlamentar, também tende a potencializar o acionamento do Judiciário como mecanismo de arbitragem política.

Em todo caso, os dados reunidos neste Capítulo indicam que a prática decisória do STF, longe de corporificar o ideal contramajoritário que sustenta o seu discurso legitimador, opera em chave de seletividade estrutural, mostrando-se mais receptiva a teses de contenção estatal e a controvérsias institucionais de baixo custo político, e mais refratária a pleitos de conteúdo redistributivo — padrão que se manifesta em paralelo à fragmentação do sistema político. Tais regularidades empíricas sugerem que a “abertura” procedimental da jurisdição constitucional não se converte, por si só, em ampliação substantiva dos direitos. Nas Considerações Finais lançadas a seguir, essas evidências serão retomadas para discutir seus condicionantes político-institucionais e, a partir deles, delimitar as potencialidades e os limites do STF no projeto democrático brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como núcleo argumentativo central, esta tese sustentou que a função alegadamente “contramajoritária” exercida pelo STF, alinhada à racionalidade neoliberal, revela, na prática, um padrão estrutural de seletividade, no qual o Tribunal prioriza a estabilidade institucional e a proteção de liberdades negativas, de caráter individualista e sem custo redistributivo relevante, enquanto se esquia, filtra ou dilui decisões relativas à concretização de direitos fundamentais positivos, que supõem intervenção estatal, investimento público e redistribuição material. A análise empírica das ADPFs revela que, embora se legitime pela retórica da proteção de minorias e da guarda da Constituição, o STF intervém de forma politicamente calculada, produzindo decisões que preservam hierarquias institucionais e sociais e modulam — quando não obstruem — demandas democráticas por transformação, atuando, portanto, não como agente de expansão dos direitos, mas como um órgão de gestão tecnocrática central da governança neoliberal.

Pois bem, a discussão acerca da legitimidade democrática do *judicial review*, como se depreende da análise travada até aqui, configura um dilema vigoroso e, em larga medida, insolúvel, próprio do domínio da filosofia política. Não há resposta que, a priori, se desincumba de suas inerentes consequências normativas e políticas. Assim, reconhecendo, ainda, que o paradigma pós-positivista já não acolhe, sem maiores reservas, o discurso da “neutralidade científica” e tampouco a pretensão de um observador que se diga desinteressado diante do seu próprio objeto, a justificação desse mecanismo de controle reclama, inapelavelmente, uma tomada de posição, racionalmente motivada e devidamente explicitada, por parte do pesquisador. E é precisamente o que se proporá nesta etapa conclusiva, para além da remissão às principais conclusões já oportunamente lançadas.

Sob o verniz da neutralidade transcendental e ancorada na crença em virtudes sobre-humanas de uma magistratura idealizada à moda do “Juiz Hércules” de Dworkin (2010), entrincheira-se, uma vez mais, uma perspectiva moralizante e teleológica de progresso tipicamente ocidental, desdobrada do discurso evolucionista dos direitos. Contudo, a crítica ao *judicial review* incorre, não raro, num erro simétrico, ao superestimar as potencialidades emancipatórias das legislaturas eleitas e, em certa medida, os potenciais mais realistas e indubitavelmente benignos da própria democracia liberal. É plausível supor que nem pretores nem tribunos detenham consigo qualquer potencial emancipatório intrínseco, uma vez que integram o mesmo *establishment*,

colonizado por elites que, mais do que dissentir, tendem a compartilhar visões de mundo e, sobretudo, um inabalável interesse de autopreservação.

Nesse horizonte, a categoria “ativismo judicial” revela-se menos um conceito analítico rigoroso do que um rótulo polissêmico, cujos múltiplos sentidos raramente permitem descrever com precisão — e, menos ainda, com comensurabilidade teórica — um único fenômeno político específico. No mais das vezes, a pretexto de uma retórica de ortodoxia na separação dos poderes, a sua evocação busca desvelar um desvio normativo na atuação do Judiciário. Dessa perspectiva contingente, o juiz deveria se limitar a reproduzir as escolhas previamente fixadas pelo legislador, como se a decisão política pudesse se cristalizar em normas estáveis e unívocas, imunes à própria conflitualidade que lhes dá origem. Como logo perceberam, absolutamente frustrados, os defensores da codificação na Revolução Francesa, a Lei jamais prescindirá de intérpretes e a novidade do empoderamento judicial seguramente não reside no vagão largo e escorregadio da hermenêutica.

Para traduzir esse descompasso entre expectativas normativas e resultados decisórios, o mais adequado seria falar numa impressão casuística de ativismo, mais que na profissão firme de qualquer ortodoxia doutrinária sobre a organização do Estado. Nesse sentido, o chamado “textualismo” conservador não se distingue substancialmente do “construtivismo” progressista por qualquer rigor ou pureza hermenêutica, mas sobretudo pelo modo como cada um, à sua maneira, frustra expectativas distintas acerca do sentido legítimo da Constituição — essa moderna tecnologia política, tão plástica quanto inerentemente disputada.

Assim, esse sentido contingente do ativismo judicial não se define por qualquer conteúdo intrínseco, progressista ou conservador, mas por sua capacidade de desafiar o horizonte de expectativas que se forma em torno da função jurisdicional. Tal contrariedade, contudo, apenas em raras e superficiais circunstâncias implica qualquer desafio ao arranjo hegemônico vigente, limitando-se, no mais das vezes, a reacomodar suas tensões internas, permitindo transições menos abruptas no seio da própria ordem e mantendo inabalados os seus fundamentos estruturais.

A longevidade da democracia americana, sob a vigência de uma única Constituição — notoriamente concisa e deliberadamente vaga —, é, por si só, reveladora da eficácia desse engenho. Ao longo de inúmeras transições políticas — muitas das quais dificilmente resistiriam a um exame mais rigoroso do seu figuro democrático —, a

maleabilidade do texto constitucional permitiu, paradoxalmente, não apenas a adaptação contínua, mas também a preservação do equilíbrio interno da ordem institucional.

E não é por menos que as expectativas em torno do suposto potencial transformador das cortes devem ser prudencialmente modestíssimas. Em tempos de reemergência de novas e recalcitrantes inclinações autoritárias, depositam-se, de modo algo ingênuo, esperanças excessivas no altar do Poder Judiciário, como se coubesse aos tribunais protagonizar a tarefa de “regeneração” da democracia. O discurso autorrealizador dos direitos, contudo, permanece excessivamente confiante, enamorado de sua própria imagem, à maneira de Narciso. Com efeito, o Estado neoliberal proclama valores humanistas com uma mão, enquanto, com a outra, contribui ativamente para a produção e intensificação de formas de inéditas de desintegração social, com a progressiva corrosão da esfera pública.

Nesse contexto, nada indica que o improvisado judicial brasileiro resistirá ao teste do tempo — e, quando obtém algum sucesso, tende a fazê-lo à custa de certa reedição incômoda da conhecida lógica de autoritarismo instrumental ou de normalização da exceção constitucional, tão antigas quanto recalcitrantes na experiência republicana do país. A despeito da disposição dos juízes, essa pretensão salvacionista ultrapassa em muito as capacidades institucionais do Judiciário. Urge, portanto, recolocar no centro do debate o compromisso político e a democracia social como fundamentos da promoção substantiva e universalista dos direitos — se é que tal tarefa ainda se mostra viável.

Hirschl (2004) acerta ao reconhecer que as democracias liberais contemporâneas jamais alcançaram tamanha amplitude, ao expandirem o sufrágio e eliminarem antigas barreiras eleitorais associadas à educação, renda, gênero e raça. Todavia, tais avanços permanecem circunscritos ao domínio formal do direito ao voto, enquanto remanescem obstáculos expressivos à participação, em condições de igualdade substantiva, nos processos deliberativos. Embora sua análise se ancore predominantemente na topografia institucional dos países desenvolvidos, o autor dedica menor atenção às implicações desses entraves estruturais e aos custos residuais que o *establishment* segue impondo à renovação democrática.

Acresce a esse quadro, sobretudo em contextos de crescente polarização, a dificuldade crônica de formação de maiorias parlamentares estáveis, capazes de sustentar agendas de reformismo estrutural — o que evidencia o alcance ainda limitado, em termos materiais, das promessas de inclusão e pluralismo político. Supor que a ampliação do direito ao voto garantisse *accountability* e competição equilibrada no chamado “mercado

eleitoral” negligencia os constrangimentos profundos que sobredeterminam as democracias representativas.

Ao questionar o suposto caráter contramajoritário das cortes, Hirschl (2004) propõe um diagnóstico contundente da juristocracia como estratégia de autopreservação de elites hegemônicas em declínio. Para o autor, trata-se de uma transferência deliberada de autoridade política das arenas eleitorais para instituições tecnocráticas que, em comparação, tendem a ser mais homogêneas, previsíveis e afinadas com a racionalidade neoliberal. Ainda assim, seu ceticismo quanto aos potenciais da jurisdição constitucional corre o risco de obscurecer os potenciais — seguramente limitados — do controle judicial na contenção de arbitrariedades e na proteção circunstancial de minorias, especialmente em contextos de erosão democrática. Em tempos de desalento, ganhar tempo já é uma espécie de vitória.

Assim, embora seja pertinente desconfiar da benevolência das togas — cuja atmosfera nobiliárquica raramente é sugestiva de qualquer vocação franciscana em defesa dos marginalizados —, é inegável que, especialmente no contexto das novas democracias, marcadas por legados autoritários ou culturas políticas bonapartistas, a existência de múltiplos pontos de veto institucional, incluindo o judicial, pode desempenhar papel relevante na limitação da concentração do poder, conforme assinala Ginsburg (2003).

Em todo caso, é sobretudo contraproducente comparar a jurisdição empírica e historicamente situada com uma legislatura idealizada ou vice-versa. Assim, mesmo que o *judicial review* costume operar como instrumento de reprodução da hegemonia vigente, o seu exercício pode representar ganhos democráticos reais em cenários de fragilidade institucional, atuando menos como veículo de transformação social e mais como anteparo contra as pulsões inerciais de regressão autoritária. Seus potenciais, em todo caso, são estritamente coadjuvantes, e o excessivo protagonismo judicial denota, antes que qualquer expressão de fortalecimento democrático, um sintoma de anormalidade institucional.

Seja como for, a relativização do sufrágio embute um custo de oportunidade demasiado oneroso e uma questão central segue não respondida: como explicar o sucesso ideológico e global dessa institucionalidade não-eleita, nos rastros do crescente desprestígio da representação democrática, mesmo entre as elites culturais mais críticas? Tomado isoladamente, o discurso dos direitos parece constituir uma ponte demasiadamente frágil para justificar esse deslocamento notável, nas bases do contrato social entre o Estado e “cliente” cidadão, da legitimidade baseada no consentimento para

uma nova justificação baseada no desempenho técnico. Como sustentado até aqui, parece inevitável inscrever a judicialização da vida no registro da hiperinflação do individualismo concorrencial que preside a gramática neoliberal.

Como observa Lazzarato (2019), o sucesso da racionalidade neoliberal não se apoia em seus resultados materiais pouco alvissareiros, mas em sua potência simbólica e ideológica, na promessa de empoderamento individual e de libertação dos grilhões opressivos da sociedade. Se o capitalismo disciplinar se estruturava sobre a repressão institucional dos impulsos desejantes, numa economia psíquica de matriz tipicamente neurótica, o neoliberalismo logrou, como sustenta Han (2020), transformar o desejo em instrumento de dominação por excelência, convertendo as aspirações humanas em formas inéditas de sujeição. Sob o véu sedutor de uma “terra prometida” de hedonismo e autorrealização — de inconfundível tonalidade esquizofrênica —, o sujeito neoliberal se percebe “livre” justamente no ato paradoxal de se submeter.

Trata-se, em última instância, de uma emancipação meramente aparente, cujo cimento subjetivo é a interiorização da coerção sob a forma de autogestão performativa. A vida social financeirizada, a governamentalidade tecnocrática das condutas, o imperativo contínuo do desempenho, o desmonte do “comum” e a privatização do fracasso convergem para a produção de sujeitos exaustos, endividados e compulsivos³⁷¹. A subjetividade neoliberal desponta como déspota de si mesma, mais eficiente e menos onerosa do que as antigas instituições de confinamento tão bem descritas por Foucault (1999), todas em visível declínio. É precisamente nessa racionalidade que repousam o poder — e a ambivalência — do discurso dos direitos individuais e da própria judicialização da vida, ressignificados como dispositivos de autogoverno e de legitimação

³⁷¹ A esse respeito, em seu célebre *Post-scriptum*, em que descreve a transição histórica das “sociedades disciplinares” — analisadas por Foucault (1999) — para as “sociedades do controle”, em que o poder se exerce de forma contínua, difusa e modulável, Deleuze (1990) sustenta que o controle substituiu o confinamento. Mesmo sem ainda vislumbrar os algoritmos que hoje estruturam amplamente a vida contemporânea, Deleuze (1990) já intuía que o poder deixaria de “moldar” para passar a “modular” continuamente o comportamento. Em sua grade interpretativa, o controle operaria por meio de variações incessantes que atravessam o espaço e o tempo da vida cotidiana, em todas as suas dimensões. O indivíduo disciplinar, outrora moldado e confinado por sólidas instituições repressivas, cedeu lugar ao “homem endividado”, figura paradigmática do neoliberalismo. Esse novo “capitalismo do controle” deslocou seu eixo da produção, vendendo não mais apenas bens, mas serviços e “estilos de vida”. O *marketing* tornou-se, assim, um instrumento vital na dominação simbólica, instaurando uma economia psíquica fundada na motivação, no desempenho, na compulsão e no endividamento, substituindo as antigas coerções disciplinares por uma miragem de “liberdade” permanentemente vigiada e autoexplorada. Esse neossujeito, solitário e financeiramente implicado, internaliza o comando e converte o controle num autogoverno implacável de si, engendrando um regime de modulação contínua de desejos tendente à compulsão, no qual coincidem prazer e servidão.

da ordem neoliberal. Afinal, a tragédia intrínseca das forças de contestação, se bem-sucedidas em alguma extensão, é envelhecer como novo esquema de dominação.

Com efeito, o Judiciário sustenta a sua frágil legitimidade “contramajoritária” ao articular discursivamente três “minorias” muito distintas entre si: (1) as elites corporativas, (2) os grupos marginalizados e (3) os indivíduos atomizados. Os dois últimos, entretanto, ocupam, no mais das vezes, uma posição meramente instrumental, figurando como uma referência simbólica que sustenta o ideal de tutela imparcial, raramente incidindo de modo efetivo sobre a agenda judicial. É essa ambivalência que permite ao Judiciário desempenhar, simultaneamente, funções estabilizadoras da ordem e intervenções muito pontuais e de baixo custo redistributivo em socorro de grupos vulneráveis, sem comprometer os fundamentos materiais da hierarquia social.

A utilidade tática de manifestações episódicas de deferência às reivindicações de minorias insulares vai muito além da obtenção de um rótulo progressista. Seu efeito mais significativo consiste em sinalizar a potencial serventia desse “trunfo” para todos os indivíduos atomizados em suas relações econômicas, sociais e políticas. Trata-se de um processo simbólico por excelência, no qual, ao mesmo tempo em que se reforça o sentido instrumental da judicialização, instrumentalizam-se tanto as minorias quanto os indivíduos, conferindo-se às cortes uma justificativa moralizante para o exercício de sua autoridade intrusiva às margens do sufrágio.

Ao se credenciarem como guardiãs dos direitos e porta-vozes de grupos historicamente marginalizados, as cortes reforçam um imaginário de tutela equidistante e paternalista, projetando-se como derradeiro bastião da cidadania e também como árbitro moral do pacto social. Essa retórica de legitimação alimenta a fantasia de que os conflitos sociais possam ser administrados de modo neutro, eficiente e sempre pacífico, sob a égide de um ideal transcendental e compartilhado de qualquer teoria de justiça. Nesse enquadramento, o chamado ativismo judicial desponta como uma atualização anabolizada da função clássica do direito burguês: garantir segurança não apenas nas relações individuais ou contratuais, mas também na gestão massificada das disputas políticas e sociais, num cenário de crescentes incertezas e encurtamento de horizontes.

A novidade é que o Judiciário já não atua como mero árbitro entre litigantes individuais, se convertendo, em revés, numa arena privilegiada de definição e redefinição permanente das próprias regras do jogo social. Como consequência, o Parlamento — antes símbolo da emancipação contra o absolutismo e núcleo da soberania popular — aprofunda seu processo de declínio, tornando-se uma instituição progressivamente

esvaziada, cuja legitimidade se rarefaz a ponto de se assemelhar a uma espécie de “novo” *ancien régime*. Nesse cenário, ao longo de todo o Século XX, as promessas da representação democrática não apenas se revelaram sucessivamente frustradas, como também parecem perder, de modo inquietante, grande parte do seu outrora apelo público.

Com efeito, a lógica deliberativa — lenta, negociada, dialógica e fundada em compromissos — parece se tornar cada vez mais inconciliável com a lógica espetacular, imediatista e unidirecional que passa a estruturar o novo contrato social, no qual a política é amplamente estetizada e os seus resultados passam a ser avaliados sobretudo por critérios de performance, eficiência e impacto simbólico, em detrimento da densidade participativa, de um *ethos* compartilhado e da construção paciente dos entendimentos possíveis.

O exercício episódico de uma função contramajoritária em favor de grupos sub-representados não é, portanto, em absoluto, incompatível com uma deferência estrutural e sistemática das cortes às elites. A chave dessa ambivalência reside na assimetria de acesso e, sobretudo, de incidência sobre a agenda judicial. Minorias vulnerabilizadas não dispõem de recursos para modular, de maneira contínua, decisões coerentes com seus interesses; já as elites e interesses organizados, sim. Quando o Judiciário decide em favor de grupos marginalizados, não o faz, portanto, em resposta a qualquer sorte de pressão irresistível de um mecanismo institucional. A promessa de uma “missão” contramajoritária, por conseguinte, não encerra qualquer garantia de sua realização efetiva, operando, antes, como um recurso retórico, cuja ativação é politicamente calculada.

O compromisso contramajoritário revela-se, assim, essencialmente contingente, operando menos como vetor de inclusão democrática substantiva e mais como mecanismo calibrado de gestão das tensões institucionais, sem produzir qualquer transformação estrutural nas hierarquias que as engendram. Corrobora tal conclusão o fato de que tais grupos sequer dispõem de legitimidade *ad causam* para contestar diretamente atos do poder público perante o STF. Como se sabe, no controle concentrado, suas demandas apenas se tornam juridicamente mobilizáveis quando mediadas, patrocinadas ou apadrinhadas por corporações organizadas de porte nacional ou autoridades de alta extração institucional.

Nessa trilha, os achados deste estudo exploratório sustentam que o STF exerce uma função contramajoritária episódica e seletiva. Os resultados indicam que o êxito nas ADPFs concentra-se fortemente em atores corporativos e institucionais bem posicionados

na estrutura societal, enquanto as demandas formuladas por movimentos sociais, sindicatos e grupos vulneráveis obtêm vitórias meramente circunstanciais. Confirmou-se, ademais, a hipótese de que o STF tende, em termos relacionais, a prestigiar as liberdades negativas — associadas à propriedade, à livre iniciativa e à limitação do dirigismo estatal —, enquanto adota uma postura de evasão decisória diante das liberdades positivas, que implicam prestações públicas ou políticas redistributivas de matiz universalista.

O estudo apontou, ainda, que essa seletividade não resulta de meras escolhas pessoais ou acidentais, mas de condicionantes estruturais do próprio sistema político, inerentes à inevitável diversificação da representação democrática — ainda que esta se realize de forma imperfeita, como expressão incompleta da promessa de uma democracia de massas. Verificou-se, com efeito, uma correlação positiva entre a fragmentação partidária e o aumento da litigiosidade constitucional perante o Tribunal: quanto mais disperso o sistema de partidos e menor a capacidade do Congresso de produzir compromissos estáveis, mais intensa tende a ser a judicialização da política brasileira. Nesse cenário, o STF aporta sua legitimidade jurídica para o campo da autoridade política, afirmando-se como arena decisória substitutiva ou, no mínimo, complementar, num regime de governabilidade cronicamente fragmentária e bloqueada.

Ao reivindicar uma condição maximalista de “guardião” da Constituição, o Tribunal acaba por se reinscrever na antiga e conhecida função de “poder moderador” da ordem, atuando como mediador funcional de um sistema de crise permanente. Desse modo, a Corte adia a completa exaustão do sistema, mas o mantém igualmente distante das promessas normativas que animaram a própria redemocratização. Em outros termos, o STF contribui para a estabilização de uma democracia notoriamente frágil, porém o faz mediante uma engenharia institucional elitista, na qual a deliberação popular permanece subordinada ao tacho da racionalidade corporativo-tecnocrática. O saldo é um Tribunal capaz de assegurar a continuidade da ordem democrática formal, às custas de, num nível potencial, filtrar seus potenciais emancipatórios. A tutela constitucional converte-se, assim — ainda que de modo inercial — num mecanismo de preservação das hierarquias estruturais e de contenção das promessas substantivas da democracia de massas.

Esses resultados se alinham às abordagens teóricas de Ginsburg (2003) e Hirschl (2004). O comportamento empírico do STF confirma, ao menos em parte, a hipótese do “seguro eleitoral”, segundo a qual elites políticas fortalecem tribunais como proteção contra futuras maiorias incertas, e também a hipótese do “entrincheiramento”, que inscreve o ativismo judicial no registro de uma estratégia de preservação de agendas

dominantes sob o véu da neutralidade judicial. No caso brasileiro, a Corte parece reproduzir ambas as dinâmicas: sua seletividade ampara hierarquias sociais e econômicas, enquanto o discurso dos direitos sustenta uma aura de legitimidade técnica e moralizante.

Cumpre, em todo caso, reconhecer as limitações inerentes ao presente estudo exploratório. Seu *corpus* restrito a uma única classe de ações decerto limita generalizações automáticas para os demais instrumentos de controle concentrado. Ademais, os indicadores empregados foram predominantemente descritivos, não autorizando inferências amplas ou mesmo relações de causalidade, o que naturalmente restringe a apreensão plena da complexidade das interações entre o STF e o sistema político brasileiro. Por fim, as classificações e categorias analíticas aplicadas ao exame do fenômeno supõem, em alguma medida, juízos inevitavelmente normativos acerca dos contornos e efeitos de cada processo.

Em todo caso, considera-se que a metodologia adotada garantiu a coerência interna e a transparência analítica compatíveis com os propósitos da investigação, permitindo identificar, com a clareza necessária, os padrões decisórios do STF quanto ao êxito, ao objeto de fundo e aos efeitos redistributivos das decisões. Assim, a pesquisa cumpriu de forma satisfatória seus objetivos — deliberadamente modestos — e desempenhou a função reflexiva e exploratória a que se propunha.

Considera-se que a pesquisa ofereceu contribuições relevantes ao fenômeno analisado, sobretudo ao propor um modelo empírico de mensuração do comportamento judicial voltado a quantificar a seletividade — subjetiva e, sobretudo, objetiva — da jurisdição constitucional. O estudo também aportou à análise uma leitura crítica do discurso contramajoritário dos direitos fundamentais, sustentando que a legitimidade da intervenção judicial depende menos de sua retórica moral do que de seus efeitos concretos sobre a distribuição do poder e dos recursos. Por fim, identificou-se uma articulação entre o arranjo político e o desempenho judicial, ao se observar que a fragmentação partidária e o congestionamento do STF coemergem em paralelo, resultado que contribui para aprimorar a compreensão institucional da judicialização da política no Brasil.

A partir desses resultados, abre-se, ainda, uma oportunidade de agenda de pesquisa futura. Recomenda-se estender a análise ora empreendida para outros instrumentos do controle concentrado, de modo a testar a consistência do padrão verificado. Também seria valioso investigar o grau de implementação das decisões do STF, isto é, os seus efeitos práticos sobre as políticas públicas, especialmente naquelas voltadas ao combate das desigualdades sociais. A inclusão de variáveis temporais, como mudanças de composição

na Corte ou variações na coalizão de governo, poderia iluminar a relação entre a responsividade judicial e os ciclos políticos. Por fim, a comparação com outras cortes constitucionais latino-americanas permitiria verificar se o padrão brasileiro reflete uma tendência, ao menos regional, de convergência entre o prestígio do discurso neoconstitucionalista e o avanço da racionalidade neoliberal.

Em arremate, as evidências reunidas indicam que o STF desempenha um papel ambivalente, ao mesmo tempo estabilizador e seletivo, moderador e conservador. Sua função contramajoritária se manifesta, mas usualmente dentro de limites muito modestos, amplamente calibrados por cálculos políticos e condicionantes institucionais. A jurisdição da Corte se expande na medida em que o sistema político se bloqueia endogenamente, um fenômeno que confirma a centralidade do Judiciário na democracia brasileira contemporânea, mas também expõe seus paradoxos estruturais. Quando instado a promover a cidadania, mediante a imposição de obrigações positivas ao Estado, num país marcado por desigualdades tão indecorosas, o STF tende, via de regra, a restituir tal incumbência às autoridades eleitas, afastando-se da tônica ativista que por vezes o caracteriza, reencenando a metáfora de Pôncio Pilatos, ao lavar as mãos diante de temas que considera “políticos” e, portanto, alheios à sua competência.

O desafio que se impõe, portanto, é repensar o papel do direito e da jurisdição constitucional, não como substitutos da política, mas como arenas públicas complementares, cuja legitimidade dependerá permanentemente de sua capacidade de dialogar com toda a conflitualidade social existente, em vez de pretender neutralizá-la sob o apelo — cada vez menos convincente — da neutralidade técnica. Em última análise, o futuro das instituições democráticas dependerá de sua habilidade em demonstrar sua superioridade ética mas também utilitária, afirmando-se não apenas por seu valor metanarrativo ou promissório, mas por sua efetiva contribuição ao bem-estar coletivo e à renovação contínua da confiança pública.

Repensar o papel do STF e da jurisdição constitucional implica, portanto, repensar os próprios fundamentos da democracia sob o neoliberalismo, se é que esses arranjos podem efetivamente coexistir. Tal esforço reclama recolocar o direito em diálogo aberto com a política, romper com a ficção da neutralidade judicial e construir formas de *accountability* democrática que tornem não as cortes ou a independência judicial, mas o conjunto das decisões políticas relevantes amplamente permeáveis ao controle cívico.

O sucesso da democracia constitucional do futuro próximo dependerá, ao que parece, menos do seu discurso de superioridade moral e mais da reabilitação de uma

esfera pública capaz de se reapropriar do poder decisório hoje concentrado nas mãos de “aristocracia” repaginada. Somente assim a Constituição poderá reabilitar sua missão política fundamental de limitar o poder estatal e, sobretudo, democratizá-lo a serviço dos variados “interesses comuns”.

REFERÊNCIAS

- ABAL, Felipe Cittolin. Getúlio Vargas e o Supremo Tribunal Federal: uma análise do habeas corpus de Olga Prestes. *Antíteses*, Universidade Estadual de Londrina, v. 10, n. 20, p. 881-900, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193354726015>. Acesso em 12. jan. 2025.
- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- ACKERMAN, Bruce. *We the People: Transformations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- ADORNO, Theodor W. *Aspectos do novo radicalismo de direita*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.
- AFONSO, Jaqueline Ganzert. O American Way of Life na reconstrução da Europa no Pós-Guerra. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, n. 20, v. 1, p. 218-252, 2015.
- ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993. 1993. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-200-1993-repealed-28-jan-1994>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- AGRESTI, Alan. *Analysis of Ordinal Categorical Data*. 3. ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDERSON, Benedict. *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*. Londres: Verso, 2016.
- ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- ARAÚJO, Maria Celina. *O Estado Novo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. São Paulo: História Real, 2023.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BALLOUSSIER, Anna Virginia. Datafolha: Brasileiros vão menos à igreja e dão menos contribuições. *Folha de S.Paulo*, [s.l.], 29 jun. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/06/datafolha-brasileiros-vao-menos-a-igreja-e-dao-menos-contribuicoes.shtml>. Acesso em: 1 fev. 2025.
- BANCO MUNDIAL. Gini index (World Bank estimate). [s.d.]. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI>. Acesso em: 20 jan. 2025.
- BANCO MUNDIAL. *Judicial reform in Latin America and the Caribbean: proceedings of a World Bank conference*. Washington, D.C.: The World Bank, 1995.
- BANCO MUNDIAL. *The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform*. Washington, D.C.: The World Bank, 1996.
- BARBER, N. W. The afterlife of Parliamentary sovereignty. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, p. 144-154, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mor023>. Acesso em: 6 jan. 2025.
- BARBOSA, Ruy. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224197>. Acesso em: 15 nov. 2024.
- BARRETT, Mark; CONNOLLY-STONE, Kim. The Treaty of Waitangi and social policy. *Social Policy Journal of New Zealand*, p. 29-48, 1998. Disponível em: <https://msd.govt.nz/documents/about-msd-and-our-work/publications-resources/journals-and-magazines/social-policy-journal/spj11/spj11-treaty-of-waitangi.doc>. Acesso em: 15 jan. 2025.

- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 jan. 2025.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.
- BEARD, Charles A. An economic interpretation of the Constitution of the United States. Republicação da 1ª edição, originalmente publicada em 1913, pela The Macmillan Company. Nova Iorque: Dover Publications, 2004.
- BELAUNDE, Domingo Garcia. Judicial Review in Peru: its origins, development and present situation. *Duquesne Law Review*, v. 45, n. 3, 2007. Disponível em: <https://dsc.duq.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3566&context=dlr>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- BELTRÁN, Enrique Navarro. 45 años del Tribunal Constitucional de Chile (1971-2016). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. XXII, p. 621-643, 2016. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32807/29772>. Acesso em: 29 jan. 2025.
- BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. Porto Alegre: L&PM, 2018.
- BERLIN, Isaiah. Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BIEBRICHER, Thomas. The Political Theory of Neoliberalism. Stanford: Stanford University Press, 2019.
- BIGLIAZZI, Renato. O caso Mauro Borges: Direito, Política e Constituição entre os dois primeiros atos institucionais. 2015. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/19147>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BÖHM, Franz. Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1937.
- BRADLEY, Gerard V. Bush v. Gore-A Case in Conservative Judicial Activism?. *World and I*, v. 16, n. 6, p. 292-292, 2001.
- BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964a. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.
- BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965a. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Ato Institucional nº 6, de 1 de fevereiro de 1969. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Congresso Nacional Constituinte. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Texto compilado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 15 fev. 2025.

Brasil. conselho nacional de justiça. Justiça em números 2024. Brasília: CNJ, 2024a. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937). Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1946). Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera dispositivos da Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 18 mar. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965b. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc25-85.htm. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 8 maio 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm. Acesso em: 6 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 22 de julho de 1964b. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-64.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Governo Provisório. Decreto nº 510 de 22 de junho de 1890a. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/388004/publicacao/15722625>. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Governo Provisório. Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890b. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Estatísticas do século XX: analfabetismo. 2025. Disponível em: <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/educacao/660-analfabetismo>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. Estimativa da população no Brasil de 1872 até 2022 (2023). Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?serid=36471&module=M>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 31 jan. 2025.

BRASIL. Lei Constitucional nº 12 de 12 de novembro de 1945 (1945a). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT013.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945 (1945b). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT015.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999a. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999b. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023. Dispõe sobre o marco temporal das terras indígenas. Publicado no Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 28 dez. 2023b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114701.htm. Acesso em: 21/02/2025.

BRASIL. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>. Acesso em: 15 fev. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Despesa por Função do Governo Geral. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2024b. Disponível em: <http://www.tesourotransparente.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2024. Corte Aberta - Transparência do STF. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. Acesso em: 30 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 87. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática. Julgado em 14/02/2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6824155>. Acesso em: 21/02/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.231, Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento em 22 mai. 2023b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768574657>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.154, Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 03 abr. 2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359014222&ext=.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388. Relator: Min. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. Julgado em 19/03/2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 21/02/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2618/ PR. Relator: ministro Carlos Velloso. Redator do acórdão: ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 12 ago. 2004. Publicação em 31 mar. 2006. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91836/false>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Contrato de trabalho intermitente é constitucional, afirma STF. 2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/contrato-de-trabalho-intermitente-e-constitucional-afirma-stf/>. Acesso em: 31 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem n.º 1, suscitada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 958.252, sob relatoria do ministro Luís Fux. Julgamento em 14 ago. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335-5 Acre, julgado em 21 mar. 2014. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1017365. Relator: Min. Edson Fachin. Tema: 1031. Processo nº 0000168-27.2009.4.04.7214. Julgado em 27/09/2023a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 21/02/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno de 8 de agosto de 1891. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/RegimentoInterno/RI1891/1891.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2025.

- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). 2024. Dados Abertos do TSE. Disponível em: <https://dadosabertos.tse.jus.br/>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Resultados eleitorais de 1986. 1986. Disponível em: <https://dadosabertos.tse.jus.br/dataset/resultados-1986>. Acesso em: 30 jul. 2024.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Dados das Eleições Gerais de 1945 (1945). Resultado da eleição presidencial. Disponível em: <https://dadosabertos.tse.jus.br/dataset/resultados-1945>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Tribunal Superior Eleitoral. Dados das Eleições Gerais de 1960 (1960). Resultado da eleição presidencial. Disponível em: <https://dadosabertos.tse.jus.br/dataset/resultados-1960>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- BRINDIS, Claire D. et al. Societal implications of the Dobbs v. Jackson Women's Health Organization decision. *The Lancet*, v. 403, n. 10445, p. 2751-2754, 2024. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(24\)00534-8/abstract](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(24)00534-8/abstract). Acesso em: 10 fev. 2025.
- BROWN, Nikki L.M.; STENTIFORD, Barry M. (Ed.). *The Jim Crow Encyclopedia: Greenwood Milestones in African American History*. Westport: Greenwood Press, 2008.
- BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Tradução de Jefferson Camargo. São Paulo: Politeia, 2019.
- BROWN, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Brooklyn: Zone Books, 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUMKE, Christian; VOßKUHLE, Andreas. *German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- BURNS, Peter T. The Judicial Committee of the Privy Council: Constitutional Bulwark or Colonial Remnant?. *Otago Law Review*, v. 5, p. 503-522, 1984.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº 28, de 2024. Acrescenta o art. 97-A e §§4º e 5º da Constituição Federal de 1988, para estabelecer o julgamento de referendo de liminares pelo colegiado de Tribunal, bem como criar hipótese de sustação de decisão do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2466861&filenome=Avulso%20PEC%2028/2024. Acesso em: 15 jan. 2025.
- CÂMARA, Heloisa Fernandes. *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?* 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://ccons.com.br/wp-content/uploads/2021/09/tese-HELOISA-FERNANDES-CAMARA.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 60, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_CAMPOS.pdf. Acesso em: 6 fev. 2025.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- CAMPOS, Idauro. *Desigrejados - Teoria, História e Contradições do Nihilismo Eclesiástico*. 7. ed. Rio de Janeiro: bybooks, 2017.
- CANADÁ. *The Constitution Acts 1867 to 1982*. Ottawa: Department of Justice Canada, 2013. Disponível em: https://www.laws-lois.justice.gc.ca/pdf/CONST_E.pdf. Acesso em: 14 jan. 2025.

- CARDONA-FOX, Gabriel. Exile within borders: a global look at commitment to the international regime to protect internally displaced persons. *International Refugee Law Series*, vol. 15. Leiden: Brill Nijhoff, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1163/9789004375567_005. Acesso em: 12 fev. 2025.
- CARDOZO LAW SCHOOL. *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*. 1995. Disponível em: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- CARLUCCI, Manoela. Democracias precisam de “agentes públicos não eleitos”, defende Barroso. *CNN Brasil*, São Paulo, 3 fev. 2025. Atualizado em: 4 fev. 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/democracias-precisam-de-agentes-publicos-nao-eleitos-defende-barroso/>. Acesso em: 04 fev. 2025.
- CAROTHERS, Thomas. The Rule of Law Revival. *Foreign Affairs*, v. 77, n. 2, p. 95-106, Mar./Apr. 1998. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20048791>. Acesso em: 2 jan. 2025.
- CARRANÇA, Thais. Jovens 'sem religião' superam católicos e evangélicos em SP e Rio. *BBC News Brasil*, [s.l.], 9 maio 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61329257>. Acesso em: 1 fev. 2025.
- CARVALHO, Maria Inês Panzoldo de. Depois da revolução, a ordem: um estudo sobre o pensamento político de John Adams. 2008. 98 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) -Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- CESARINO, Letícia. O mundo do avesso: verdade e política na era digital. São Paulo: Ubu, 2021.
- CHAFE, William H.; GAVINS, Raymond; KORSTAD, Robert. *Remembering Jim Crow: African Americans Tell About Life in the Segregated South*. Nova Iorque: The New Press, 2014.
- CHAMAYOU, Grégoire. *A sociedade ingovernável: uma genealogia do liberalismo autoritário*. São Paulo: Ubu Editora, 2020.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: principles and policies*. 5ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2015.
- CHOMSKY, Noam. *Réquiem para o sonho americano*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.
- CHUN, Wendy Hui Kyong. *Updating to Remain the Same: Habitual New Media*. Cambridge: The MIT Press, 2016.
- CNN BRASIL. Entenda as controvérsias do inquérito das fake news relatado por Moraes há mais de 5 anos. *CNN Brasil*, 26 jun. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-as-controversias-do-inquerito-das-fake-news-relatado-por-moraes-ha-mais-de-5-anos/>. Acesso em: 22 jan. 2025.
- CONIB. Suprema Corte de Israel revoga lei do governo que limitava poder do Judiciário. 2024. Disponível em: <https://www.conib.org.br/noticias/todas-as-noticias/38335-suprema-corte-de-israel-revoga-lei-do-governo-que-limitava-poder-do-judiciario.html>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. The certification process. 1996. Disponível em: <https://www.concourt.org.za/index.php/constitution/the-certification-process#:~:text=The%20Constitutional%20Court's%20second%20hearing,complied%20with%20the%20constitutional%20principles>. Acesso em: 16 jan. 2025.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. *Revista de informação legislativa: RIL*, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115. Acesso em: 20 jan. 2025.

- COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América. Campinas: Russel, 2002.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment. International Court of Justice Reports, 1996. Disponível em: <https://icj-cij.org/case/91>. Acesso em: 7 jan. 2025.
- COSTA, Emília Viotti da. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2006.
- CROZIER, Michel J.; HUNTINGTON, Samuel P.; WATANUKI, Joji. The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission. New York: New York University Press, 1975. Disponível em: <https://samizdathealth.org/wp-content/uploads/2020/12/The-Crisis-of-Democracy-Trilat-Comm-1975.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2025.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à edição brasileira. In: KELSEN, H. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013.
- DAHL, Robert A. Who Governs? Democracy and Power in an American City. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2005.
- DAHL, Robert Alan. Democracy and Its Critics. New Haven: Yale University Press, 1989.
- DARDOT, Pierre; GUÉGUEN, Haud; LAVAL, Christian; SAUVÊTRE, Pierre. A escolha da guerra civil: uma outra história do neoliberalismo. São Paulo: Editora Elefante, 2021.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DAVIDSON, James West. Uma Breve História dos Estados Unidos. Porto Alegre: L&PM, 2016.
- DEDMAN, Martin J. The origins and development of the European Union 1945-2008: A History of European Integration. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2010.
- DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 1 BvL 1/09 - Entscheidung zum Hartz IV und der Sicherung des Existenzminimums. 9 fev. 2010b. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=09.02.2010&Aktenzeichen=1%20BvL%201/09>. Acesso em: 14 fev. 2025.
- DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1164/07 - Entscheidung zum Erbrecht für eingetragene Lebenspartnerschaften. 17 jul. 2009. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%20BvR%201164/07>. Acesso em: 14 fev. 2025.
- DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2019/16 - Entscheidung zum Recht auf Änderung des Geschlechtseintrags. 10 out. 2017. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=10.10.2017&Aktenzeichen=1%20BvR%202019/16>. Acesso em: 14 fev. 2025.
- DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 3247/09 - Entscheidung zum Adoptionsrecht für eingetragene Lebenspartnerschaften. 19 fev. 2013. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%2520BvR%25203247%2F09&Suche=BVerfG%2C%201%20BvR%203247%2F09>. Acesso em: 14 fev. 2025.
- DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 611/07 - Entscheidung zum Erbschaftssteuerrecht für eingetragene Lebenspartnerschaften. 21 jul. 2010a. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%20BvR%20611/07>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 2 BvB 1/01 - Entscheidung zum Verbot des Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD). 18 mar. 2003. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=2%2520BvB%25201%2F01&Suche=BVerfG%2C%202%20BvB%201%2F01>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 2 BvL 37/91 — Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Vermögensteuer. 22 jun. 1995. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=22.06.1995&Aktenzeichen=2%20BvL%2037/91>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1390/12 - Entscheidung zum Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM). 12 set. 2012. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=2%2520BvR%25201390%2F12&Suche=BVerfG%2C%202%20BvR%201390%2F12>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1738/12 - Entscheidung zum Streikverbot für Beamte. 12 jun. 2018. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=2%20BvR%201738/12>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2347/15 - Entscheidung zur Sterbehilfe. 26 fev. 2020. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=2%2520BvR%25202347%2F15&Suche=BVerfG%2C%202%20BvR%202347%2F15>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 85, 264 - Entscheidung zur Parteienfinanzierung. 9 abr. 1992. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2085%2C%20264&Suche=BVerfGE%2085%2C%20264>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 88, 203 - Zweiter Abtreibungsentscheid. 28 mai. 1993. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2088%2C%20203&Suche=BVerfGE%2088%2C%20203>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Tribunal de Justiça da União Europeia, C-120/78 — Caso Cassis de Dijon. 20 fev. 1979. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=120%2F78&Suche=C-120%2F78>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Tribunal de Justiça da União Europeia, C-128/12 — Sindicato dos Bancários do Norte et al. v. BPN — Banco Português de Negócios SA. 07 mar. 2013. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EuGH&Datum=07.03.2013&Aktenzeichen=C-128/12>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Tribunal de Justiça da União Europeia, C-341/05 — Laval un Partneri Ltd vs. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e outros. 18 dez. 2007a. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EuGH&Datum=18.12.2007&Aktenzeichen=C-341/05>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Tribunal de Justiça da União Europeia, C-390/18 — Caso Airbnb Ireland. 30 abr. 2019. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=C-390%2F18&Suche=C-390%2F18>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Tribunal de Justiça da União Europeia, C-438/05 — Viking Line ABP vs. International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union. 11 dez. 2007b. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=C-438%2F05&Suche=C-438%2F05>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DEJURE. Tribunal de Justiça da União Europeia, C-478/98 — Comissão Europeia vs. Bélgica. 26 set. 2000. Disponível em:

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=EuGH&Datum=26.09.2000&Aktenzeichen=C-478/98>. Acesso em: 14 fev. 2025.

DELEUZE, Gilles, Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle. In: Conversações, 1ª Edição, 3ª Reimpressão, Editora 34, Rio de Janeiro, 2000.

DEMARCHI, Juliana Brescansin. Superação da inconstitucionalidade por deliberação parlamentar ou popular. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08042016-110104/pt-br.php>.

Acesso em: 13 jan. 2025.

Deutsche Welle (DW). Como a coalizão de governo da Alemanha se desintegrou. Publicado em 07/11/2024. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/como-a-coaliz%C3%A3o-de-governo-da-alemanha-se-desintegrou/a-70717489>. Acesso em: 04/02/2025.

DEVINS, Neal. Adarand Constructors, Inc. v. Peña and the Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions. Wm. & Mary L. Rev., v. 37, p. 673, 1995.

DODEK, Adam. The Canadian Constitution. 2. ed. Toronto: Dundurn, 2016.

DRAIBE, Sônia. Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil: 1930-1960. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

DUDZIAK, Mary L. Cold War Civil Rights: Race and the Image of American Democracy. Princeton: Princeton University Press, 2000.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DYSON, Kenneth. Conservative liberalism, ordo-liberalism, and the State: disciplining democracy and the market. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ELECTORAL COMMISSION OF SOUTH AFRICA. 1994 National and Provincial Elections. Pretoria: Electoral Commission, 1994. Disponível em: <https://www.elections.org.za/content/uploadedfiles/NPE%201994.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2025.

ELIAS, Norbert. A sociedade dos indivíduos. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. The Choices Justices Make. Washington, D.C.: CQ Press, 1998.

ERHARD, Ludwig. Prosperity Through Competition. Tradução de Edith Temple Roberts e John B. Wood. New York: Frederick A. Praeger, 1958.

ESFERA BRASIL. Quem Somos. 2024. Disponível em: <https://esferabrasil.com.br/quem-somos/>. Acesso em: 30 jan. 2025.

ESFERA BRASIL. Speech Luís Roberto Barroso | II Fórum Esfera Internacional [Vídeo]. YouTube, 28 out. 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=atHPStP5gd0>. Acesso em: 30 jan. 2025.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. United States v. Carolene Products Co., nº 640. Recorrente: United States. Recorrida: Carolene Products Company. 25 de abril de 1938. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2025.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587, 1936. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep298/usrep298587/usrep298587.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2025.

- EUA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA). Constituição (1787). Filadélfia, Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#preamble. Acesso em: 27 set. 2024.
- EUA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA). Supreme Court. Case nº S/N. Marbury V. Madison. Washington D.C, 1803. v. 5, p. 137. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>. Acesso em: 27 set. 2024.
- EUA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA). Supreme Court. The Supreme Court Building: Building History (2018). Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/buildinghistory.aspx>. Acesso em: 27 set. 2024.
- EUCKEN, Walter. Os fundamentos da economia política. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- FANON, Frantz. Os condenados da terra. Rio de Janeiro: Zahar, 2022.
- FAUSTO, Bóris. História do Brasil. 12. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.
- FÁVERO, Luiz Paulo (org.); BELFIORE, Patrícia; TAKAMATSU, Renata Turola; SUZART, Janilson. Métodos quantitativos com Stata: procedimentos, rotinas e análise de resultados. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- FAVOREAU, Louis. Droit constitutionnel. 26 ed. Paris: Dalloz, 2023.
- FENNELL, Monica A. Emergent Identity: A comparative analysis of the new Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States. 22 Temp. Int'l & Comp. p. 279-305. 2008.
- FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: de la antigüedad a nuestros días.. Madrid: Trotta, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de la historia de las Constituciones. Tradução: Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2003.
- FISHER, Mark. Realismo capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo? São Paulo: Autonomia Literária, 2020.
- FISS, Owen. Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910 (Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States, vol. 8). Nova Iorque: Macmillan, 1993.
- FITZGERALD, Peter L. Constitutional Crisis over the Proposed Supreme Court for the United Kingdom. Temp. Int'l & Comp. LJ, v. 18, p. 233, 2004.
- FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 24. ed. São Paulo: Loyola, 1996.
- FOUCAULT, Michel. O nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FRANCE PRESSE. Supremo da Venezuela assume funções do Parlamento enquanto estiver em 'desacato'. G1, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/stf-da-venezuela-assume-funcoes-do-parlamento-enquanto-estiver-em-desacato.ghtml>. Acesso em: 24 fev. 2025.
- FRASER, Nancy. O velho está morrendo e o novo não pode nascer: da crise do capitalismo à crise da democracia. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.
- FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. São Paulo: Penguin-Companhia, 2011.
- FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Rio de Janeiro: LTC, 2016.
- FRIEDMAN, Milton. There's no such thing as a free lunch. LaSalle, Illinois: Open Court Publishing Company, 1975.

- GARGARELLA, Roberto. In search of democratic justice—What courts should not do: Argentina, 1983-2002. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Eds.). *Democratization and the judiciary: The accountability function of courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2004. p. 132-144.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura envergonhada: as ilusões armadas*. São Paulo: Intrínseca, 2014.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2017.
- GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via e seus críticos*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- GILL, Stephen. Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism. *Millennium: Journal of International Studies*, v. 24, n. 3, p. 399-423, 1995.
- GILLMAN, Howard. *The Constitution besieged: the rise and demise of Lochner Era police powers jurisprudence*. Durham: Duke University Press, 1993.
- GINSBURG, Tom, The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMAN, Daniel. *Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press: 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2487330> . Acesso em: 2 jan. 2025.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- GOLDSCHIED, Julie. United States v. Morrison and the Civil Rights Remedy of the Violence Against Women Act: A Civil Rights Law Struck Down in the Name of Federalism. *Cornell L. Rev.*, v. 86, p. 109, 2000.
- GORZ, André. *Adeus ao proletariado para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1982.
- GRAETZ, Michael J.; GREENHOUSE, Linda. *The Burger Court and the Rise of the Judicial Right*. Nova York: Simon & Schuster, 2016.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa*. Vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2022.
- HAMILTON, A. Considerações sobre a ordem judiciária, enquanto a distribuição dos poderes. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003c. p. 473-481.
- HAMILTON, A. Dos defeitos da Confederação atual. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003b. p. 98-102.
- HAMILTON, A. Exame da organização do poder judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003a. p. 478-484.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- HAN, Byung-Chul. *Inforcracia: digitalização e crise da democracia*. Petrópolis: Vozes, 2022.
- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. São Paulo: Editora Âyiné, 2020.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis: Vozes, 2015.
- HAN, Byung-Chul. *Topologia da violência*. Petrópolis: Vozes, 2017.

- HARTMAN, Gary R.; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. Landmark Supreme Court cases: the most influential decisions of the Supreme Court of the United States. Nova Iorque: Facts On File, 2004.
- HARVEY, David. Condição pós-moderna. São Paulo: Loyola, 1992.
- HARVEY, David. O neoliberalismo: história e implicações. 5ª ed. São Paulo: Loyola, 2008.
- HARVEY, David. O novo imperialismo. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- HAYEK, Friedrich A. Direito, legislação e liberdade: a democracia em um país verdadeiramente livre. São Paulo: Farol Editorial, 2023.
- HENRY, Paul. Sentido, sujeito, origem. In: ORLANDI, Eni Puccinelli (Org.). Discurso fundador: a formação do país e a construção da identidade nacional. 2ª ed. Campinas: Pontes, 2003.
- HEUN, Werner. Access to the German Federal Constitutional Court. In: ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas (eds.). Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. 2. ed. Nova Iorque: Berghahn Books, 2016. p. 62-86.
- HIRSCHL, Ran. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard Press, 2004.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.
- HOBBSBAWM, Eric J. A Era das Revoluções: 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2012.
- HOLLIS-BRUSKY, Amanda. Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- HOROWITZ, Donald L. A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society. Berkeley: University of California Press, 1992.
- HOWARD, Matt. The Meaning of p-Values: A Guide for Social and Organizational Science Students & Researchers. [S.l.]: MattHoward.com, 2025. Disponível em: <https://mattchoward.com/the-meaning-of-p-values-a-guide-for-social-and-organizational-science-students-researchers/>. Acesso em: 25 out. 2025.
- HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- IRONS, Peter. The History of the Supreme Court. Chantilly, VA: The Great Courses, 2003.
- ISSACHAROFF, Samuel. Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- IUAMA, Tadeu Rodrigues; POSTALI, Thifani. Conquista (des)bloqueada: neoliberalismo ludificado. In: XVI Encontro de Pesquisadores em Comunicação e Cultura, 26 set. 2021, Sorocaba: Universidade de Sorocaba. Sorocaba: Universidade de Sorocaba, 2021. Disponível em: <https://epecom.uniso.br/wp-content/uploads/2023/01/Tadeu-Rodrigues-Iuama-Thiafani-Postalli.pdf>. Acesso em 2 abr. 2025.
- JAMESON, Fredric. Postmodernism, or, The Cultural Logic of Late Capitalism. Durham: Duke University Press, 1991.
- JEFFERSON, Thomas. Letter to Spencer Roane, September 6, 1819. Founders Online, National Archives. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-15-02-0014>. Acesso em: 27 jan. 2025.

- JEWISH VIRTUAL LIBRARY. Basic Law: Freedom of Occupation. 1992b. Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/basic-law-freedom-of-occupation>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- JEWISH VIRTUAL LIBRARY. Basic Law: Human Dignity and Liberty. 1992a. Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/basic-law-human-dignity-and-liberty>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- KALMAN, Laura. FDR's Gambit: The Court Packing Fight and the Rise of Legal Liberalism. Nova Iorque: Oxford University Press, 2022.
- KAO, Emilie; GRAHAM, Andrew D. 303 Creative LLC v. Elenis and Human Dignity. Texas Review of Law & Politics, v. 28, p. 751, 2023. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/trlp28&div=23&id=&page=>. Acesso em: 10 fev. 2025.
- KARNAL, Leandro. História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI. 3.ed. São Paulo: Contexto, 2018.
- KEHL, Maria Rita. Ressentimento. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- KELLER, Vilma. Verbete 2625. Atlas Histórico do Brasil, CPDOC-FGV, 2023. Disponível em: <https://atlas.fgv.br/verbetes/2625>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KERR, R. L. Naturalizing the Artificial Citizen: Repeating Lochner's Error in Citizens United v. Federal Election Commission. Communication Law and Policy, v. 15, n. 4, p. 311-363, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/10811680.2010.512503>. Acesso em: 10 fev. 2025.
- KERSHAW, Ian. Continente Dividido: A Europa, 1950-2017. Trad. Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2016.
- KHATTAB, Nabil. Ethnicity, Class and the Earning Inequality in Israel, 1983-1995. Sociological Research Online, v. 10, n. 3, 30 set. 2005. Disponível em: <http://www.socresonline.org.uk/10/3/khattab.html>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- KLARMAN, Michael J. From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism. California Law Review, 2004.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?. Novos Estudos - CEBRAP, n. 96, julho de 2013, p. 68-85. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 fev. 2025.
- LAAKSO, Markku; TAAGEPERA, Rein. Effective Number of Parties: A Measure with Application to West Europe. Comparative Political Studies, v. 12, n. 1, p. 3-27, 1979.
- BOGÉA, Daniel. A gestação de Ações Constitucionais: os partidos políticos (e suas motivações) no Supremo Tribunal Federal. In: MADEIRA, L. M.; MARONA, M. C.; RIO, A. (orgs.). Democracia e justiça na América Latina: para onde vamos?. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2022. p. 193-220. ISBN: 978-65-87949-55-0. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9786587949550.0008>. Acesso em: 3 jan. 2025.
- CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. Análise Social, v. 44, n. 191, p. 315-335, 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41012717>. Acesso em: 3 jan. 2025.
- COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. Revista Direito GV, v. 12, n. 1, p. 155-187, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201607>. Acesso em: 3 jan. 2025.

- LAGI, Sara. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929). *Coherencia*, v. 9, n. 16, p. 273-295, jan./jun. 2012. Medellín: Universidad EAFIT. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77424078010>. Acesso em: 12 fev. 2025.
- LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. *O Leopardo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- LAZZARATO, Maurizio. *Fascismo ou revolução? O neoliberalismo em chave estratégica*. São Paulo: N-1 Edições, 2019.
- LEPORE, Jill. *Estas Verdades: A história de formação dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
- LILLA, Mark. *O progressista de ontem e o do amanhã: Desafios da democracia liberal no mundo pós-políticas identitárias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.
- LIPPMANN, Walter. *The Good Society*. Boston: Little, Brown and Company, 1937.
- LIVINGSTONE, Grace. *America's Backyard: The United States and Latin America from the Monroe Doctrine to the War on Terror*. Nova Iorque: Zed Books, 2009.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.
- LORENZO, Diego G. Pardow; RAMÍREZ, Sergio Verdugo. *El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos*. *Revista de derecho (Valdivia)*, v. 28, n. 1, p. 123-144, 2015.
- LUHMANN, Niklas. *Risk: A Sociological Theory*. Nova Iorque: de Gruyter, 1993.
- LUSTIG, D; WEILER, J. Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 2, 2018, pp. 315-372.
- MACMILLAN, Margaret. *Paris, 1919: Six Months That Changed the World*. Random House, 2001.
- MALUF, André Luiz. Omissão Legislativa Inconstitucional e a Tipologia das Sentenças Aditivas: Novas Reflexões à Luz do Direito Italiano. *RJLB-Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, p. 1243-1277, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/57699244/Sentencas_Aditivas_e_Corte_Italiana_Tipologia_-_Andre_Luiz_Maluf.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2025.
- MARCHESE, Homero. William v. James, a história por trás de Marbury v. Madison. 2016. Disponível em: <http://homeromarchese.com.br/2016/01/10/william-v-james-a-historia-por-tras-de-marbury-v-madison/>. Acesso em: 27 set. 2024.
- MARCUSE, Herbert. *O homem unidimensional: a ideologia da sociedade industrial avançada*. Bauru: Edipro, 2015.
- MARIANO, Ricardo. *Neopentecostais: sociologia do novo pentecostalismo no Brasil*. São Paulo: Loyola, 1999.
- MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class*. London: Pluto Press, 1992.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MARTINS, Enio Viterbo. “Danos Moraes”: As estratégias de Lawfare do ministro Alexandre de Moraes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 129, p. 307-356, jul./dez. 2024. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_raza_o_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 jan. 2025.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política: livro I: o processo de produção de capital*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- MAXWELL, Angie; Shields, TODD. *The Long Southern Strategy: How Chasing White Voters in the South Changed American Politics*. Edição ilustrada. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019.
- MENDES, Conrado Hübner. A Constituição não aceita negociar. Folha de S.Paulo, 24 abr. 2024.. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/columnas/conrado-hubner-mendes/2024/04/a-constituicao-nao-aceita-negociar.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2025.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- MENDES, Gilmar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Direito Público*, [S.l.], n. 20, mar.-abr. 2008. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/573/1/Direito%20Publico%20n202008_Gilmar%20Ferreira%20Mendes.pdf. Acesso em: 17 mar. 2025.
- MENTASTI, Federico A. La soberanía parlamentaria y la prorogation del Parlamento: Un fallo trascendental de la Suprema Corte del Reino Unido. *Forum: Revista del Centro de Derecho Constitucional*, n. 9, p. 101-146, 2020. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201705/31182122-revista-76-1.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2025.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. New Haven: Yale University Press, 2003.
- MILLER, Harvey R.; MEISES, Michele J.; MARCUS, Christopher. The State of the Unions in Reorganization and Restructuring Cases. *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, v. 15, p. 465, 2007.
- MISES, Ludwig von. *Human Action: a treatise on economics*. 4º ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996.
- MOINI, Giulio. Participation, neoliberalism and depoliticisation of public action. *Società Mutamento Politica*, Firenze University Press, v. 8, n. 15, p. 129-145, 2017. Disponível em: <https://oajournals.fupress.net/index.php/smp/article/view/10505/10502>. Acesso em: 22 jun. 2025.
- MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOORHEAD, Timothy. *The institutional role of the Court of Justice of the European Union*. Nova Iorque: Routledge, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MORENO, Guillermo Raúl. *Manual de história constitucional argentina: 1492 - 2011*. 1. ed. La Plata: EDULP, 2021.
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. 2002. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/43165/Tese%20Moros.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 fev. 2025.
- MOUFFE, Chantal; LACLAU, Ernesto. *Hegemonia e estratégia socialista: para uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Sobre a ONU*. 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/279573-sobre-onu>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- NAKAGAWA, Fernando. Justiça do Brasil gasta 1,6% do PIB e é a mais cara do mundo. CNN Brasil, São Paulo, 25 jan. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/justica-do-brasil-gasta-16-do-pib-e-e-a-mais-cara-do-mundo/>. Acesso em: 20 fev. 2025.

- NORRIS, Jason. Vouching for Vouchers-A Critical Examination of Zelman v. Simmons-Harris. *Temp. L. Rev.*, v. 77, p. 95, 2004.
- NOVA ZELÂNDIA. New Zealand Bill of Rights Act 1990. Public Act 1990 N° 109, 1990. Disponível em: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- OLECHOWSKI, Thomas. Hans Kelsen: Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- ORLANDI, Eni Puccinelli (org.). Discurso fundador: a formação do país e a construção da identidade nacional. 2ª ed. Campinas: Pontes, 2003.
- PACELLE JR, Richard. Gonzalez v. Google and Twitter v. Taamneh on Internet Platform Liability. In: MARIETTA, M.; SCHWEBER, H. (eds). SCOTUS 2023. Cham: Palgrave Macmillan, 2024. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-031-69241-3_13. Acesso em: 10 fev. 2025.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2011.
- PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 5, n. 1, p. 167-190, 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472>. Acesso em: 12 fev. 2025.
- PERON, Isadora; VASCONCELOS, Gabriel. Toffoli diz que ministros do STF são 'editores de um país'. *Valor Econômico*, Brasília e Rio de Janeiro, 29 jul. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/07/29/toffoli-diz-que-ministros-do-stf-sao-editores-de-um-pais.ghtml>. Acesso em: 24 fev. 2025.
- PINHEIRO-MACHADO, Rosana. Amanhã vai ser maior: o que aconteceu com o Brasil e possíveis rotas de fuga para a crise atual. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019.
- PINHONI, Marina; CROQUER, Gabriel. Brasil tem mais templos religiosos do que hospitais e escolas juntos; região Norte lidera com 459 para cada 100 mil habitantes. *g1*, [s.l.], 2 fev. 2024, 10h00. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/censo/noticia/2024/02/02/brasil-tem-mais-templos-religiosos-do-que-hospitais-e-escolas-juntos-regiao-norte-lidera-com-459-para-cada-100-mil-habitantes.ghtml>. Acesso em: 1 fev. 2025.
- PODER 360. Relembre as disputas de Lula pela presidência. *Poder360*, 7 out. 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/eleicoes/relembre-as-disputas-de-lula-pela-presidencia/>. Acesso em: 22 jan. 2025.
- POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens políticas e econômicas de nossa época. Rio de Janeiro: Contraponto, 2021.
- POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Contraponto, 2021.
- POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos. São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2024.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 545-574, 2006.
- POWELL JR., L. F. (1971). Memorandum: Attack on American free enterprise system. Washington and Lee University School of Law. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/powellmemo/1>. Acesso em: 31 jan. 2025.

- PRITCHETT, C. Herman. Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939-1941. *American Political Science Review* 35, nº 5 (1941), p. 890-98. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1948251>. Acesso em: 01 jan. 2025.
- PRZEWORSKI, Adam. *Crises da Democracia*. São Paulo: Zahar, 2020.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: O STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- RENEHAN JR, Edward J. *The Monroe Doctrine: The Cornerstone of American Foreign Policy*. Nova Iorque: Chelsea House, 2007.
- RICCI, Paolo (org.). *As eleições na Primeira República, 1889-1930*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8349>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I: Defesa das liberdades civis (1891-1898)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991a.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II: Defesa do Federalismo (1899-1910)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991b.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal. Tomo III: Doutrina brasileira do habeas-corpus (1910-1926)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991c.
- RÖPKE, Wilhelm. *A Humane Economy: The Social Framework of the Free Market*. Chicago: Henry Regnery Company, 1960.
- RÖPKE, Wilhelm. *International Order and Economic Integration*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1959.
- ROSA, Claudio Damião; OHARA, David; MENUCHI, Marcos Rodrigo T. Pinheiro. Tutorial para realização do teste do Qui-Quadrado de Pearson no Excel e IBM SPSS: exemplos da área do lazer. *LICERE — Revista do Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Estudos do Lazer*, Belo Horizonte, v. 27, n. 3, p. 1-12, set. 2024.
- ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Seuil, 2006.
- ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2 ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: Princípios do Direito Político*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. Revisão de Edison Darci Heldt. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SAAD FILHO, Alfredo; MORAIS, Lecio. *Brasil: neoliberalismo versus democracia*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- SAJÓ, Andrés; UITZ, Renáta. *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2017.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- SANTOS, André Luis Nascimento dos. *Banco Mundial e agenda de reforma do judiciário latino-americano: uma breve análise do binômio retórica-ação*. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, Curitiba, n. 10, p. 147-170, 2009.
- SANTOS, Danilo Moraes dos. *Inconstitucionalidade e papéis institucionais: um diagnóstico das reações parlamentares às decisões do Supremo Tribunal Federal*. 2018. Dissertação (Mestrado) — Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP), Câmara dos Deputados, Brasília, 2018. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37259>. Acesso em: 1 jul. 2025.
- SANTOS, Eric Assis dos. *A transição à democracia no Chile: rupturas e continuidades do projeto ditatorial (1980-1990)*. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em

- História. Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/14620/Dissert-eric-assis-dos-santos.pdf?sequence=1;isAllowed=y>. Acesso em: 29 jan. 2025.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Paralisia decisória e comportamento legislativo: a experiência brasileira (1959-1966). *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 37-46, abr./jun. 1973.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, n. 7, p. 89-95, 2009.
- SARRIA, Mario Alberto Cajas. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1910: de juez de la regeneración a juez constitucional. *História Constitucional*, n. 14, 2013, págs. 425-465. Disponível em: <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/378/341>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, p. 202, 208, jan. 1947.
- SCHMITT, Carl. O conceito do político. Lisboa: Edições 70, 2015.
- SCHMITT, Carl. O Guardião Da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- SCHORSKE, Carl E. Viena fin-de-siècle: política e cultura. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- SCHROEDER, Steven G. The Rehnquist Court and the Constitution. New York: Oxford University Press, 2006.
- SCHULAK, Eugen-Maria; UNTERKÖFLER, Herbert. The Austrian School of economics: a history of its ideas, ambassadors, and institutions. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2011.
- SCHWARTZ, Bernard (Ed.). The Burger Court: Counter-Revolution or Confirmation?. Nova York: Oxford University Press, 1998.
- SCHWARTZ, Bernard. A history of the Supreme Court. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The Supreme Court and the Attitudinal Model. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- SHELOS, Jeff. Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2011.
- SIEGEL, Stephen A. Understanding the Lochner Era: Lessons from the Controversy over Railroad and Utility Rate Regulation. *Virginia Law Review*, v. 70, n. 2, p. 187-263, mar. 1984. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1072870>. Acesso em: 6 fev. 2025.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph, comte. A constituinte burguesa. Organização e introdução analítica: Aurélio Wander Bastos; epílogo José Ribas Vieira; tradução Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.
- SILVA, José da. Modelo de revisão judicial e sua evolução no México. *Revista Jurídica da Ufersa*. Mossoró, v. 6, n. 12, jul./dez. 2022, p. 121-142. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/rejur/article/download/11561/11125/72256>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- SIMMEL, Georg. The philosophy of money. 3. ed. Londres: Routledge, 2011.
- SIMON, James F. Lincoln and Chief Justice Taney: slavery, secession, and the president's war powers. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2006.
- SINGER, André. Os Sentidos do Lulismo: reforma gradual e pacto conservador. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

- SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_284.pdf. Acesso em: 29 jan. 2025.
- SLOBODIAN, Quinn. *Globalists: the end of empire and the birth of neoliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- SLOSS, David L. Medellín and the Passive Vices. In: SLOSS, David L.; RAMSEY, Michael D.; DODGE, William S. (Eds.). *International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 472-478.
- SMITH, Chester H. The Justice of the Peace System in the United States. *California Law Review*, Berkeley, v. 15, n. 2, p.118-145, Jan. 1926. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3925&context=californialawreview>. Acesso em: 27 set. 2024.
- SOHONI, Mila. The Trump Administration and the Law of the Lochner Era. *Georgetown Law Journal*, v. 107, p. 1323, 2018. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/glj107&div=43&id=&p age=>. Acesso em: 10 fev. 2025.
- SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL COURT. The appointment of the judges. [s.d.]. Disponível em: <https://www.concourt.org.za/index.php/18-history-of-the-court/the-appointment-of-the-judges>. Acesso em: 16 jan. 2025.
- SOUTHERN ÁFRICA LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996). Disponível em: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html>. Acesso em: 16 jan. 2025.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SPINOZA, Baruch. *Ética*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2009.
- STAAB, Andreas. *The European Union explained: institutions, actors, global impact*. 2ª ed. Bloomington: Indiana University Press, 2011.
- STOLLEIS, Michael. Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history. *Giornale di Storia Costituzionale*, v. 19, n. I, p. 45-56, 2010. Disponível em: <https://www.torrossa.com/en/resources/an/2481687>. Acesso em: 12 fev. 2025.
- STONE, Alec. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. 1. ed. Nova York: Oxford University Press, 1992.
- STÜWE, Klaus. The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court: Selection, Nomination, and Election of Justices. In: *The Global Model of Constitutional Rights. OXFORD CONSTITUTIONAL THEORY*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 229.
- SUPREMA CORTE DO CANADÁ. *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*. 1984. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/24/index.do>. Acesso em: 14 jan. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7222. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 19 de setembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6455667>. Acesso em: 4 fev. 2025.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5685. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344110631&ext=.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2025.

- SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- TATE, Chester Neal. Why the expansion of judicial power?. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.
- TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.
- TELES, Levy. Sarkozy diz que Barroso está pronto para ‘uma outra presidência’, em referência ao Planalto. *Estadão*, São Paulo, 13 out. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/ex-presidente-franca-sarkozy-luis-roberto-barroso-pronto-para-presidencia-da-republica-nprp/>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Edição integral (e-pub). Tradução de Julia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019.
- TREASTER, Joseph. *Paul Volcker: the making of a financial legend*. Hoboken: Wiley, 2004.
- TURNER, Lynn W. The Impeachment of John Pickering. *The American Historical Review*, v. 54, n. 3, p. 485-507, 1949. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1843004>. Acesso em: 05 fev. 2025.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- UROFSKY, Melvin I. Judiciary Act of 1801. In: *ENCYCLOPEDIA BRITANNICA*. Illinois, 2018. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Judiciary-Act-of-1801>. Acesso em: 27 set. 2024.
- UROFSKY, Melvin I. *The Warren Court: Justices, Rulings, and Legacy*. Santa Barbara: ABC Clio, 2001.
- US FEDERAL JUDICIAL CENTER. [s.d.]. *A Brief History of Circuit Riding*. Disponível em: <https://www.fjc.gov/history/spotlight-judicial-history/circuit-riding>. Acesso em: 2 jan. 2025.
- VALLINDER, Torbjorn. When the Courts go marching on. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (eds.). *The global expansion of judicial power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.
- VAUCHEZ, Antoine. O poder judiciário: um objeto central da ciência política. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: UFRGS; Cegov, 2017. p. 39-56.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o congresso nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Um Cavalo de Troia contra os direitos indígenas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 21 fev. 2025. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/columnas/oscarvilhenavieira/2025/02/um-cavalo-de-troia-contra-os-direitos-indigenas.shtml>. Acesso em: 22 fev. 2025.
- VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- VINX, Lars. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

- VITULLO, Gabriel E.; CUNHA FILHO, Clayton M. Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- VIVAS, Fernanda. Bolsonaro inelegível pela segunda vez: veja os próximos passos dos processos contra o ex-presidente. G1, TV Globo — Brasília, 1 nov. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/11/01/bolsonaro-inelegivel-pela-segunda-vez-veja-os-proximos-passos-dos-processos-contra-o-ex-presidente.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2025.
- WALDMAN, Michael. The super majority: how the Supreme Court divided America. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2023.
- WEAVER, R. Kent. The politics of blame avoidance. *Journal of Public Policy*, v. 6, n. 4, p. 371-398, 1986. Cambridge University Press. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4007281>. Acesso em: 31 jan. 2025.
- WESTAD, Odd Arne. The Global Cold War: Third World Interventions and the Making of Our Times. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- WESTIN, Ricardo. Dois presidentes do Brasil sofreram impeachment em 1955. Agência Senado, v. 31, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/31/dois-presidentes-do-brasil-sofreram-impeachment-em-1955>. Acesso em 18 de jan. de 2025.
- WILLIAMS, Juan. Eyes on the Prize: America's Civil Rights Years, 1954-1965. Nova Iorque: Penguin Books, 1987.
- YOSHINO, Kenji. A new birth of freedom?: *Obergefell v. Hodges*. *Harvard Law Review*, v. 129, p. 147, 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr129&div=6&id=&page=>. Acesso em: 10 fev. 2025.
- ZISK, Nancy L. Students for fair admissions v. Harvard: how the United States Supreme Court reinforced barriers to equal protection while leaving open the possibility of breaking down those barriers. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, v. 24, n. 1, p. 1, 2024. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1398&context=rrgc>. Acesso em: 10 fev. 2025.
- ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova ordem mundial digital. São Paulo: Intrínseca, 2021.
- ZUCCA, Lorenzo; UNGUREANU, Camil (Ed.). Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ZÚQUETE, José Pedro; MARCHI, Riccardo. Introdução. In: ZÚQUETE, José Pedro; MARCHI, Riccardo (Org.). *Global Identitarianism*. Nova Iorque: Routledge, 2023. p. 1-7.