

**Revisar é democrático: a defesa da jurisdição constitucional
em tempos de crise**

***To review is democratic: the defense of constitutional
jurisdiction in times of crisis***

***Revisar es democrático: la defensa de la jurisdicción
constitucional en tiempos de crisis***

David Roverso Musso¹

¹ Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Mestre em direito pelo Centro Universitário Internacional. Bacharel em Direito e em Comunicação Social, com habilitação em Jornalismo, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil.
E-mail: drmusso@hotmail.com, **Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-4724-3208>

Resumo: A atuação das supremas cortes tem sido alvo de ataques políticos e retóricos em diversas democracias contemporâneas. No Brasil, a crítica à jurisdição constitucional intensificou-se nos últimos anos, especialmente diante da revisão judicial de atos normativos dos Poderes Executivo e Legislativo. Este artigo analisa o papel do Judiciário como instância legítima de controle da constitucionalidade das leis, com fundamento no princípio da supremacia constitucional e na separação de poderes. Parte-se da hipótese de que a revisão judicial, longe de representar um desvio democrático, constitui uma expressão da própria democracia constitucional. A partir de revisão teórica e doutrinária, o trabalho examina os fundamentos históricos, filosóficos e institucionais da jurisdição constitucional, bem como enfrenta as críticas à sua legitimidade, propondo que o controle judicial é um freio essencial às maiorias eventuais e aos desvios autoritários. Conclui-se que revisar é, sim, um ato democrático, sobretudo em tempos de crise institucional.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; separação de poderes; supremacia da constituição; democracia; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The role of the supreme courts has become the target of political and rhetorical attacks in many contemporary democracies. In Brazil, criticism of constitutional jurisdiction has intensified in recent years, especially regarding judicial review of normative acts issued by the Executive and the Legislative. This article analyzes the Judiciary's role as a legitimate instance for the constitutional control of laws, grounded in the principles of constitutional supremacy and separation of powers. It is based on the hypothesis that judicial review is not a democratic deviation but a core expression of constitutional democracy itself. Through theoretical and doctrinal review, the study examines the historical, philosophical, and institutional foundations of constitutional jurisdiction and addresses critiques of its legitimacy, proposing that judicial control is an essential safeguard against authoritarian drifts and temporary majorities. The conclusion affirms that reviewing is indeed a democratic act, especially in times of institutional crisis.

Keywords: constitutional jurisdiction; separation of powers; constitutional supremacy; democracy; Supreme Court of Brazil.

Resumen: La actuación de las cortes supremas ha sido objeto de ataques políticos y retóricos en diversas democracias contemporáneas. En Brasil, las críticas a la jurisdicción constitucional se intensificaron en los últimos años, especialmente ante la revisión judicial de actos normativos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Este artículo analiza el papel del Poder Judicial como instancia legítima de control de constitucionalidad de las leyes, con fundamento en el principio de supremacía constitucional y en la separación de poderes. Se parte de la hipótesis de que la revisión judicial, lejos de constituir una desviación democrática, es una expresión de la propia democracia constitucional. A partir de una revisión teórica y doctrinaria, el trabajo examina los fundamentos históricos, filosóficos e institucionales de la jurisdicción constitucional, así como enfrenta las críticas a su legitimidad, proponiendo que el control judicial es un freno esencial a las mayorías eventuales y a los desvíos autoritarios. Se concluye que revisar es, efectivamente, un acto democrático, sobre todo en tiempos de crisis institucional.

Palabras clave: jurisdicción constitucional; separación de poderes; supremacía de la constitución; democracia; Corte Suprema.

1 INTRODUÇÃO

As supremas cortes constitucionais, em especial aquelas que exercem o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, vêm sendo alvo de crescente escrutínio político e social em todo o mundo. No Brasil, essa crítica ganhou contornos particularmente intensos nos últimos anos, com ataques sistemáticos ao Supremo Tribunal Federal (STF) oriundos de parcelas significativas do espectro político, especialmente quando a Corte atua em contextos de alta polarização institucional. A acusação mais recorrente é a de que, ao revisar atos do Legislativo e do Executivo, o Judiciário estaria extrapolando suas competências e usurpando atribuições da política majoritária, violando, assim, o princípio da separação de poderes e enfraquecendo a democracia representativa.

Contudo, essa crítica ignora os fundamentos históricos e teóricos que justificam a própria existência da jurisdição constitucional. Desde o surgimento do Estado moderno, o Direito passou a ocupar o lugar de instância racional de organização da vida coletiva, justamente para limitar o arbítrio do poder e proteger os indivíduos contra a tirania — inclusive, e especialmente, a tirania da maioria. O nascimento do constitucionalismo representou uma inflexão na forma de se compreender a autoridade política: em vez de assentada em tradições ou heranças divinas, ela deveria ser validada pela conformidade a normas superiores, dotadas de legitimidade racional. Nesse cenário, a separação entre os poderes surge como um mecanismo estruturante da liberdade, e não como um sistema de isolamento hermético entre as funções estatais.

O presente artigo se propõe a examinar os fundamentos teóricos que justificam a existência de uma instância jurisdicional com capacidade de controlar, revisar e, eventualmente, invalidar atos dos demais poderes, à luz do princípio da supremacia constitucional. Parte-se da hipótese de que a revisão judicial das leis, quando exercida com fundamento no texto constitucional e nos direitos fundamentais, não representa uma disfunção institucional, mas sim a expressão mais densa do constitucionalismo democrático. Para tanto, recuperam-se as origens históricas do Estado e da separação de poderes, demonstrando como o Direito, o Estado e o poder político se reorganizaram desde o absolutismo até o modelo constitucional

contemporâneo. O método adotado é histórico-dedutivo, com base em doutrina clássica e contemporânea do pensamento político-jurídico.

Em tempos de contestação da legitimidade do controle judicial, é fundamental refletir criticamente sobre o papel da jurisdição constitucional e sobre sua inserção no projeto democrático. A revisão judicial não é um desvio do modelo republicano; ao contrário, é o que o torna viável quando os demais poderes falham em respeitar os marcos do pacto constitucional.

2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Desde a Antiguidade, há registros de análises sobre as formas de organização do poder. A justificativa comum a esse esforço é a busca por um sistema de governo capaz de garantir o controle das funções a ele atreladas, prevenindo a ocorrência de abusos. Ainda que o conceito de separação de poderes tenha surgido na teoria tradicional da Idade Moderna, na Antiguidade já se manifestavam preocupações sobre a melhor forma de organização do Estado, do exercício do poder e da divisão por funções. Ao organizar a pólis, Aristóteles (348 a.C.) defendeu a existência de três poderes em qualquer governo: o deliberativo, a magistratura e a jurisdição.

O poder deliberativo é aquele que cuida dos negócios do Estado, que, reunido em assembleia, decide sobre os casos de guerra e de paz, alianças, leis, penas de morte, banimento e confisco, bem como da prestação de contas ao magistrado. A magistratura governamental é exercida por pessoas da sociedade civil, escolhidas ou sorteadas. É a responsável pela administração dos edifícios públicos, pela regulamentação das edificações privadas e por cuidar da política urbana e do bem-estar da população. Já a jurisdição é formada por juízes eleitos ou sorteados pela sociedade civil, divididos em oito órgãos, separados por competências específicas que vão desde o roubo às finanças públicas até “assuntos dos estrangeiros” (Aristóteles, 1985, p. 159).

Parece evidente que a noção de divisão de poderes, na forma como se tem nos dias atuais, não guarda conexão direta com o pensamento aristotélico, especialmente quando se considera que a complexidade da sociedade organizada àquela época passa ao largo de representar os

desafios enfrentados séculos mais adiante, na era moderna. Eram tempos de uma organização estatal ainda primitiva. Há, porém, ideais de relevo em Aristóteles que permanecem válidos na discussão sobre os limites dos poderes e da separação de poderes, como os temas “da igualdade, da democracia, das formas ideais de Estado e seus objetivos”, a essência do seu debate político (Santos, 2014, p. 11).

O pioneirismo da formulação, nos tempos modernos, da teoria da separação de poderes é atribuído a John Locke. Seu estudo surgiu como proposição inaugural ao Estado absoluto, que buscou, num primeiro momento, justificar o exercício do poder, que decorre, segundo ele, da própria natureza humana em sua origem. Para o teórico, os indivíduos gozam, desde o nascer, de perfeita liberdade para regular as próprias ações e igualdade formal perante os iguais, tendo a natureza como limite (Locke, 1998).

Tal como Hobbes, Locke acredita que, sem a cessão, pelo cidadão, de parte dos próprios direitos em prol do soberano, o estado de guerra se torna inevitável. Assim, a justificativa para o exercício do poder está amparada na vontade da maioria dos indivíduos, dotados de liberdade e igualdade, quando reunidos em assembleia. Rousseau manifesta pensamento semelhante ao de Locke quando afirma que o cidadão cede parte de seus direitos inalienáveis ao soberano para evitar o estado de guerra. O que distingue seu estudo, porém, é a razão que aponta como motivo para a guerra entre iguais: a desigualdade entre ricos e pobres (Rousseau, 1989). Para ambos, porém, a própria comunidade, como detentora do poder, pode personalizar o seu exercício na forma que julgar conveniente.

O cerne da teoria desenvolvida guarda conexão com as relações do soberano com o parlamento, bem como com os limites para o exercício do poder. Para Locke, o Poder Legislativo está limitado à vontade do povo, não havendo margem para arbitrariedades. Em condições de igualdade, o consenso vem da maioria, que cedeu parte de seus direitos inalienáveis para a formação da comunidade. Já ao Executivo é reservado o papel de dupla submissão: primeiro, à vontade do Legislativo; segundo, aos mandamentos da lei (Locke, 1998).

Para evitar o abuso, capaz de pôr em xeque a liberdade do indivíduo e da própria comunidade, Locke propõe que os poderes do Estado sejam

confiados a diferentes mãos. Teórico liberal clássico, ele entendia como inalienáveis os direitos “[...] à propriedade privada, à vida e à segurança pessoal, ao direito de resistência e à liberdade de consciência e de religião” (Santos, 2014, p. 12).

Foi em Montesquieu (1996, p. 167-168), por sua vez, que a teoria liberal ganhou corpo e força como alternativa ao absolutismo. Em “O espírito das leis”, os poderes do Estado são classificados em três espécies: o Legislativo, o Executivo e o Judicial. O primeiro é o responsável por criar, modificar e revogar leis; o segundo, por prover a segurança da comunidade, declarar guerra ou paz e cuidar das relações com as embaixadas; e o terceiro, quem castiga os crimes ou julga os conflitos entre as pessoas.

A classificação tem base no receio de que “tudo estaria perdido” se o mesmo homem “exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. O temor é pela conservação da liberdade, quando o mesmo monarca ou mesmo o Senado pode criar leis “tirânicas para executá-las tiranicamente”. Propõe Montesquieu que os poderes se dividam em diferentes órgãos e que exerçam, mutuamente, a faculdade de impedir atos de outro poder quando atentatórios ao Direito e às leis (Montesquieu, 1996, p. 176).

As teorias de Rousseau e de Montesquieu serviram de inspiração para o surgimento do constitucionalismo moderno, especialmente na Revolução Francesa e a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O movimento revolucionário manifestava o objetivo claro de possibilitar ao ente estatal o monopólio do uso da força. Por outro lado, impunha a condição de que o Estado se mantivesse submisso à ordem jurídica, fosse passível de ser responsabilizado e se abstinhasse de atos atentatórios contra a autonomia privada (Costa, 2006).

É certo que as influências inglesa e estadunidense não podem ser ignoradas, mas foi por meio da Revolução Francesa — galgada no liberalismo burguês, nos ideais de garantia da autonomia privada, na proibição da ingerência estatal na esfera individual, na plena liberdade econômica e na tomada do poder político — que se deram os passos inaugurais para o surgimento do constitucionalismo moderno. O regramento do aparato estatal na teoria burguesa surge de uma combinação dos escritos de

Rousseau e Montesquieu: “Rousseau, com a noção de soberania popular, e Montesquieu, com a doutrina da separação dos poderes” (Bacellar Filho; Hachem, 2011).

Antes, porém, as teorias passaram por um processo de adaptação aos interesses revolucionários. Rousseau, por exemplo, considera a soberania popular impossível de ser delegada, por ser indivisível, interpretação capaz de inviabilizar a representação dos cidadãos em assembleia. Já Montesquieu defende que todo homem, no exercício do poder, tende ao abuso, sendo necessário que se estabeleçam limites ao seu exercício, com a possibilidade de que um poder freie o outro (Martín, 1999).

Ambas as ideias foram deixadas de lado pelos revolucionários franceses. No emprego adaptado da teoria liberal, a burguesia organiza o Estado de forma estanque: Legislativo representativo, com atribuição de criação das leis nos termos dos ideais revolucionários; Executivo com o dever de aplicá-las, inclusive no que diz respeito à abstenção em relação às liberdades individuais e aos particulares; e o Judiciário como aplicador mecânico da lei (Clève, 2000). Do ideal revolucionário nasce a Constituição, documento que fixa a repartição dos poderes por órgãos, delimita as competências que cabem a cada um deles e estabelece regras formais e orgânicas para o exercício do poder político¹, instrumentalizando os objetivos principais do Estado (Novais, 2014)

Com a teoria liberal, surge o Estado de Direito. É o momento em que o Estado passa a ser governado para expressar o verdadeiro Estado da razão, voltado a perseguir o bem maior geral para a população. Por essa razão, não é possível ler conceitualmente o Estado de Direito como uma fórmula desprovida de significado.

Para caracterizar um Estado como de Direito, é necessária a evidência dessa busca pelo bem maior da população – e não apenas a aplicação mecânica do princípio da legalidade. Há, então, um conteúdo importante que emana do conceito de Estado de Direito, que é justamente a busca pela razão que orienta a consecução da vontade geral pelo bem maior da população. Essa razão estaria na própria lei (Zagrebelsky, 2007).

¹ A doutrina do Direito Público tem o momento da subordinação do Estado ao sistema jurídico como o do nascedouro do Direito Administrativo, quando as normas passaram a reger de forma diferenciada as relações entre governantes e cidadãos.

O princípio da legalidade expressa a ideia da legislação como o ato normativo supremo, que não pode ser oponível a nenhum direito mais forte, qualquer que seja a forma ou o fundamento. A primazia da lei coloca em xeque a tradição jurídica do absolutismo e pressupõe, com o princípio da legalidade, a exclusão de todas as demais fontes e formas normativas. “O estudo do direito deve ser relativo a todas as regras, mas deve limitar-se só a elas” (Miaille, 2005, p. 43).

Em todas as manifestações do Estado de Direito, a lei se configura como uma expressão da centralização do poder político. A eminente força da lei é vinculada, portanto, a um Poder Legislativo capaz de adotar uma decisão soberana, em nome de uma função ordenadora geral que lhe é conferida. A soberania legislativa é baseada na força normativa absoluta, mas também no dever de assumir as exigências de regulação social. O máximo poder, mas também a máxima responsabilidade. O princípio da legalidade é o auge da tradição absolutista de Estado e das concepções de um direito natural racional objetivo.

Ou seja, a substituição do Direito absoluto do rei foi feita pelas leis das assembleias parlamentaristas, diferentes do monarca em muitos aspectos, mas não no que diz respeito ao uso da lei, elemento de manifestação de força exclusivo do Estado. A vontade do monarca se transforma na vontade expressa pelo texto da lei (Zagrebelsky, 2007). A regra é a da lei e não a do homem. “O estudo do direito transforma-se no estudo das regras ditadas pelo legislador” (Miaille, 2005, p. 44).

Na tradição europeia, a luta contra o absolutismo foi justamente a oposição às pretensões do rei em prol de um parlamento. Esse movimento resultou na substituição do poder absoluto do soberano pelo poder da Assembleia soberana (Zagrebelsky, 2007). Contribuiu para esse fenômeno a crença teórica na impossibilidade do uso arbitrário do Poder Legislativo pelos representantes em assembleia (Zolo, 2006).

De todo modo, a concepção rígida de separação dos poderes, com órgãos rígidos de forma autônoma,² aliada à impossibilidade de ingerência de

² Vide a redação do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 16.º- A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

um poder no outro, resultou no surgimento da primeira geração de direitos humanos, com a oposição de abstenções à atuação do Poder Público, voltadas à proteção das liberdades individuais (Bacellar Filho; Hachem, 2011).

À medida que se encerra o primeiro ciclo do capitalismo liberal, na primeira metade do século XX, nasce a sucessiva dimensão de direitos fundamentais, voltada à ideia de um capitalismo organizado. O surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão teve como contexto os problemas sociais que surgem com a Revolução Industrial, a consagração do modelo de produção capitalista, a exclusão social e os “[...] eventos históricos de primeira grandeza, tais quais as duas grandes guerras mundiais e a crise de 1929” (Sgarbossa, 2010, p. 36-37).

A nova dimensão de direitos ressignifica o entendimento que se tinha até então da separação de poderes e das próprias formas de exercício do poder. Se, na primeira dimensão de direitos, o clamor se dava por uma igualdade meramente formal, na nova fase, essa igualdade já não atendia aos anseios sociais. Assim, postulava-se a atuação positiva do Estado, na ideia de que o agente seria responsável por promover a sensação de bem-estar à comunidade, além de garantir a efetiva participação dos cidadãos ao bem-estar social, alçado à categoria de direito fundamental (Sarlet, 2015).

Remontar à interpretação teórica original de Montesquieu foi uma consequência inarredável deste momento histórico. Foi o autor quem prescreveu que os órgãos do Estado devem ser regidos de forma autônoma, como é o próprio ideal revolucionário. A autonomia, por sua vez, não pode excluir a possibilidade do estabelecimento de controles recíprocos (Zaffaroni, 1999). Nessa interpretação da separação dos poderes, o que se tem não é uma estanque e delimitada divisão, mas sim um equilíbrio voltado à harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (Grau, 2005).

Quando qualquer dos poderes estatais falta ao compromisso que lhe impõe a lei ou a Constituição — como a edição de um regulamento ou a implementação de uma política pública, por exemplo — recai sobre o outro poder o dever de garantir o exercício do direito. O abandono do conceito de separação absoluta entre poderes possibilita, portanto, admitir a existência de uma interferência harmônica, balanceada e com controles recíprocos, voltados a assegurar tanto os direitos de abstenção, afetos à

primeira dimensão de direitos fundamentais, quanto os direitos de segunda dimensão, que passam a exigir uma prestação positiva do Estado (Bacellar Filho; Hachem, 2011).

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

O desenvolvimento teórico quanto à forma e ao limite da separação de poderes evoluiu de forma distinta na Europa e na América do Norte. Nos Estados Unidos, a defesa da ingerência de um poder no outro, na ideia de freios e contrapesos, teorizada por Rousseau, era parte integrante dos estudos que deram origem à Constituição Americana de 1787. Nos debates constitucionais, essa posição era defendida, especialmente, em relação ao Poder Judiciário.

Em “O Federalista”, Alexander Hamilton teoriza que as cortes superiores são destinadas a prestar um papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, para manter os parlamentares dentro dos limites previamente fixados de atuação. De tal formulação não se deve compreender uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, mas sim a ideia de que o poder do povo é superior a ambos e que a vontade do povo é expressa e declarada no texto constitucional. Quando o Judiciário, de forma ativa, anula uma lei, está, por consequência, protegendo e reafirmando a vontade popular expressa.

A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis (Hamilton; Madison; Jay, 2009, p. 471-472).

Ainda que a possibilidade de revisão judicial dos atos do Legislativo represente um consenso predominante na doutrina, há teóricos

contemporâneos que se posicionam de forma crítica. É o caso de Jeremy Waldron (2006), que, ao contrário dos autores que enxergam o Judiciário como contrapeso indispensável, aposta na força normativa e deliberativa do Parlamento como o espaço legítimo para o debate constitucional, inclusive sobre direitos fundamentais. Para o autor, a revisão judicial tende a concentrar poder excessivo nas mãos de uma elite jurídica, que decide questões morais controversas com base em argumentos herméticos e pouco acessíveis à população, comprometendo, assim, a deliberação democrática e o princípio da igualdade política.

Ainda que a crítica de Jeremy Waldron represente uma das formulações mais consistentes contra a revisão judicial, não se trata de uma posição isolada. Autores como Mark Tushnet (2003) e Larry Kramer (2004) também questionam a legitimidade da supremacia judicial, especialmente em contextos de judicialização excessiva da política. Além disso, experiências concretas, como as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos durante a era Lochner (1897-1937) ilustram como a revisão judicial pode, historicamente, ter sido utilizada para frear avanços democráticos. Nesse período, a Suprema Corte adotou uma postura fortemente ativista para invalidar leis estaduais e federais que regulavam as relações de trabalho. O marco simbólico foi o caso Lochner vs. New York (1905), no qual a Corte declarou inconstitucional uma lei que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, entendendo que ela violava a liberdade de contrato implícita na Cláusula do Devido Processo da 14^a Emenda (Sohoni, 2019).

Durante a era, a Corte usou o devido processo substantivo para proteger amplamente as liberdades econômicas contra intervenções legislativas, frequentemente favorecendo os interesses do mercado em detrimento de políticas públicas voltadas à proteção dos trabalhadores. Foi quando o conservadorismo norte-americano se contrapôs de forma mais veemente ao modelo comunitário que era desenvolvido na Europa, vinculado à criação de um Estado de bem-estar social e ao reconhecimento de direitos civis coletivos (Natalino; Baracho; Fahel, 2024, p. 150).

A interpretação foi duramente criticada por subverter a separação dos poderes, convertendo a Suprema Corte em um obstáculo ao legislativo democraticamente eleito (Sohoni, 2019). O período chega ao fim com a

mudança de posicionamento da Corte a partir de 1937, no contexto do New Deal, quando se restabeleceu a deferência judicial em relação à legislação social e trabalhista. Saber desses limites não invalida a jurisdição constitucional, mas reforça a necessidade de que ela atue com autocontenção e responsabilidade institucional.

Apesar de a Constituição estadunidense não dispor expressamente sobre a possibilidade de fiscalização de constitucionalidade das leis, a atividade se desenvolveu naturalmente ao longo da história, como inerente à própria atuação judicial (Novais, 2014, p. 30). Erroneamente, a doutrina constitucionalista costuma invocar o caso *Marbury vs. Madison* (Estados Unidos, 1803) como precedente que fixou competência revisional do Poder Judiciário (Godoy, 2017, p. 22). Em verdade, a revisão judicial vinha sendo desenvolvida no constitucionalismo do país desde muito antes, apoiada na participação popular para a interpretação do texto constitucional (Kramer, 2004, p. 18).

Enquanto na América do Norte a Constituição nasce junto de uma justiça constitucional, na Europa, foi necessário um século e meio para o reconhecimento da força vinculante do texto enquanto norma jurídica. O documento revolucionário que fundou a primeira dimensão de direitos fundamentais se limitava a ser meramente simbólico e político. Um texto de garantia formal da estanque separação dos poderes, “[...] mas não aplicado pelos tribunais e, nunca, invocado como fundamento para eventual desaplicação, por inconstitucionalidade, das leis em vigor” (Novais, 2014, p. 31).

Durante todo o século XIX e a primeira metade do século XX, os europeus nutriam severo receio em relação à atuação de uma casta judicial que pudesse se converter num obstáculo para a concretização dos ideais revolucionários de transformação da sociedade: “temiam o chamado ‘governo dos juízes’” (Novais, 2014, p. 31). A Revolução Francesa, ao se apropriar da teoria de Rousseau, buscando a máxima fidelidade com as linhas de pensamento democráticas, frustrou-se por completo. “E frustrou-se quando se toma em consideração que a Constituição de 1893, elaborada na Convenção no auge do processo revolucionário, permaneceu inaplicada” (Bonavides, 2009, p. 52-53).

O convencimento dos europeus quanto à necessidade de vincular a Constituição como norma jurídica protegida por uma justiça constitucional

somente foi possível a partir da experiência traumática dos regimes totalitários. Foram necessárias as duas grandes guerras, com todos os horrores praticados por governos democraticamente eleitos e com amplo apoio popular, para que a Carta deixasse de ser somente política e passasse a ser afirmada como documento vinculante a todos e portador da norma maior.

A “questão democrática” e o “governo de juízes” que sempre assombraram os europeus se tornam argumentos obsoletos. Os juízes escolhidos para integrar as cortes superiores são, com pequenas diferenças, todos indicados pelo chefe do Executivo, com oitiva e ratificação do Parlamento. O controle de quem terá a atribuição de invalidar os atos dos demais poderes, para resguardar a integridade do texto constitucional, é assegurado pelos representantes do próprio povo (Bonavides, 2009, p. 34).

A novidade, a partir da experiência estadunidense e da reinterpretação na Europa dos escritos de Montesquieu, não é a existência de uma Constituição, mas sim o seu papel de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico, a modificar a própria natureza da legalidade: uma projeção do próprio direito que vincula o legislador e também os juízes. Se, nos Estados Unidos, a possibilidade de revisão judicial nasceu como decorrência natural, inerente à atuação judicial, na Europa, a questão foi amplamente discutida na academia, entre as duas grandes guerras — um marco disso foram os debates entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

A solução encontrada no Velho Continente foi a de instituir, no plano formal, uma justiça constitucional com atribuições delimitadas pela própria Constituição (Bonavides, 2009). No esteio da Carta das Nações Unidas de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inaugura-se a democracia constitucional no continente europeu, para assegurar a separação dos poderes, os direitos fundamentais e a garantia de rigidez constitucional (Canela Junior, 2011, p. 71), em um modelo que se expandiu para grande parte dos regimes democráticos contemporâneos ao redor do mundo, vide o conteúdo das constituições promulgadas a partir deste período (Menezes Neto; Morais, 2013).

É possível afirmar que, na contemporaneidade, tanto no constitucionalismo estadunidense quanto no continente europeu, a ideia de inconstitucionalidade e de fiscalização mútua entre os poderes é admitida tanto

legalmente quanto pela população. Uma consequência natural que decorre do próprio exercício do poder (Novais, 2014).

Esse contexto é importante na definição dos limites de atuação das cortes constitucionais, pelo novo enquadramento das funções estatais, em que Legislativo, Executivo e Judiciário cooperam entre si, subordinados à Constituição. Na concepção tradicional de separação de poderes, impedia-se a extensão da atuação jurisdicional quando questões de elevado grau de discricionariedade, consideradas essencialmente políticas, viam-se fora do alcance do Poder Judiciário (Morais; Agra, 2004).

A consequência maior do reenquadramento das funções estatais do pós-guerra é a própria redefinição do princípio clássico de separação dos poderes. Não somente pelo surgimento da nova ordem constitucional, mas também pela descentralização e regionalização da atividade política e administrativa; pela densificação das relações humanas com o surgimento de organizações sociais de toda natureza, inclusive as de proteção das minorias sociais; e pela facilidade de organização e reivindicação da sociedade civil diante do surgimento das novas tecnologias, situações que acabam por retirar o protagonismo da ação estatal na sociedade contemporânea.

Com o surgimento do Estado constitucional, há uma mudança significativa no paradigma conceitual de aplicação das leis, em uma mecânica unificação de cima para baixo, por meio de uma força jurídica hierarquicamente superior, a partir da Constituição. Se antes a força normativa passava do soberano para o parlamento, com o novo paradigma, a força do parlamento positivista se transfere para a Constituição, que rege todo o ordenamento jurídico.

Diante da heterogeneização do direito, a Constituição passa a função de unificar o ordenamento. É da Carta o papel de remediar os efeitos da ordem jurídica em vigor, proporcionando um direito dotado de força vinculativa até mesmo para o legislador. O objetivo é condicionar e, portanto, conter os desenvolvimentos contraditórios da produção do direito, gerados pela heterogeneidade e pela ocasionalidade das pressões sociais. A premissa é o restabelecimento de uma noção de direito mais profunda do que aquela produzida pelo positivismo legislativo, reduzida a uma imaginada vontade do legislador (Zagrebelsky, 2007). Essa nova premissa altera, inclusive, a

posição do jurista na interpretação do direito. Do intérprete, diferentemente da exegese do direito positivo, passa a ser exigida a concretização do direito à luz da Constituição (Clève, 2012).

A “[...] doutrina da separação de poderes, tal qual concebida nos séculos passados, em sua formulação original, não tem mais serventia” (Santos, 2014, p. 17), carecendo das necessárias – e mencionadas – adaptações (Canela Junior, 2011). Enquanto, para produzir uma norma, o Legislativo precisa atender a um procedimento longo e minucioso, os fatos sociais ocorrem de maneira cada vez mais rápida, exigindo uma pronta atuação do Estado para atender às diversas necessidades. Entender o “Poder Legislativo como órgão único de produção normativa torna-se insustentável” (Santos, 2014, p. 17).

Na atualidade, não é mais possível fazer a distinção entre os particulares e o Estado perante a lei, como se fazia antes. Na organização atual da administração, seria problemático defender a regra geral que constituiu, no Estado liberal, o significado do princípio da legalidade. Ou seja, a liberdade do indivíduo, com a limitação do poder do Estado. Essa regra está desgastada em ambos os sentidos, tanto em relação aos particulares quanto ao Estado.

Essa crise acontece, de um lado, pela especialização cada vez mais contínua das atividades da administração pública, baseada em regras empresariais de eficiência, em exigências específicas de funcionamento e na necessidade do atendimento de interesses difusos. Na atualidade, a administração se assume em órgãos distintos que atuam, necessariamente, seguindo uma lógica própria, que passa a se voltar para o objetivo de atender a esses interesses difusos.

Há, então, um princípio de autonomia funcional da administração. Sendo as leis disposições que simplesmente enunciam a realização de tarefas, o Estado volta a ser dotado de uma supremacia, necessária ao desempenho das próprias atividades. Na generalidade da lei e na complexidade da tarefa em que está obrigada a administração, costuma prevalecer o poder em favor da administração (Zagrebelsky, 2007).

As funções do Estado se tornam, de igual modo, dinâmicas, com alterações no critério de distinção. Já não se leva mais em consideração o sujeito que exerceu a competência, mas a característica da própria atividade

desenvolvida pelo poder, para classificá-la como função legislativa, função jurisdicional ou função administrativa (Mello, 2012).

Essa mudança na feição do Estado passa a admitir que, eventualmente, ocorra a invasão de um poder na atribuição dos outros, para garantir o ideal constitucional, em que, diante da omissão ou ainda da consequente ineficiência, determine-se coercitivamente a realização de direitos materiais fundamentais expressos no texto constitucional, quando não realizados pelos ramos do poder tradicionalmente competentes.

4 CONCLUSÃO

A análise das origens históricas do Estado moderno, aliada à evolução da separação de poderes e à centralidade da Constituição como instrumento de limitação do poder, permite compreender com maior profundidade a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. A crítica contemporânea à atuação das supremas cortes – especialmente quando esta se dirige à revisão de leis ou atos do Executivo – revela, muitas vezes, não uma preocupação genuína com a democracia, mas uma resistência à institucionalização de limites à vontade política majoritária.

O Direito não surge como apêndice do poder, mas como sua contenção racional. O modelo constitucional, tal como se consolidou nas democracias ocidentais, atribui à Constituição um lugar normativo superior, capaz de condicionar toda a atuação estatal. Nesse modelo, o Judiciário não apenas pode, mas deve exercer a função contramajoritária quando os demais poderes violam princípios constitucionais ou ameaçam direitos fundamentais. A revisão judicial não é, portanto, um privilégio de uma casta togada, mas uma função política e jurídica essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito.

É preciso reconhecer, no entanto, que a crítica à jurisdição constitucional não é inteiramente infundada. Teóricos como Jeremy Waldron alertam para os riscos de concentração excessiva de poder nas mãos de um Judiciário pouco sensível à deliberação democrática. Esses argumentos convidam à reflexão sobre os critérios de legitimidade das decisões judiciais e sobre a necessidade de uma cultura jurídica mais aberta à participação

e à transparência. Ainda assim, a conclusão que se impõe é que, diante da fragilidade das instituições políticas e da persistente violação de direitos, a revisão judicial permanece um instrumento indispensável para a preservação do constitucionalismo.

No contexto brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal tem assumido protagonismo em momentos críticos da vida institucional, a defesa da jurisdição constitucional deve ser feita com responsabilidade e compromisso democrático. Não se trata de blindar a Corte contra críticas, mas de reafirmar o papel do Direito como garantia última contra a erosão da democracia. Quando bem exercida, a revisão judicial atua como ponte entre o texto constitucional e a vida concreta, entre a promessa de igualdade e sua efetivação. Em tempos de ataques às instituições e de crescimento do autoritarismo, esse papel não deve ser enfraquecido, mas reafirmado com vigor.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução, introdução e comentários: Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76863>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. São Paulo: Forum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro;

ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTADOS UNIDOS. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Washington, D.C: U.S Supreme Court, 1905. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 12 jun. 2025.

ESTADOS UNIDOS. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Washington, D.C: U.S Supreme Court, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 12 jun. 2025.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTÍN, Nuria Belloso. *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba: Universidad de Burgos; Moinho do Verbo, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A crise do Estado e a perspectiva de Luigi Ferrajoli sobre a crise da democracia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 59-82, jul./dez. 2013.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Tradução: Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação:

Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 1, n.2, jan./dez. 2004. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=78856&p=62. Acesso: 24 abr. 2024.

NATALINO, Enrique Carlos; BARACHO, Luís Fernando; FAHEL, Murilo Cassio Xavier. Trumpismo à brasileira: o neoconservadorismo no discurso diplomático do governo de Jair Messias Bolsonaro. *Argumentos*, Montes Claros, v. 21, n. 2, jul./dez. 2024. Disponível em: <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/argumentos/article/view/7650/7278>. Acesso: 24 abr. 2025.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens*. Tradução: Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. São Paulo: Ática, 1989.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.

SOHONI, Mila. The Trump administration and the law of the Lochner era. *Georgetown Law Journal*, [S. l.], v. 107, p. 1323-1372, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3379956>. Acesso em: 12 jun. 2025.

TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

WALDRON, Jeremy. The core against judicial review. *The Yale Law Journal*, [S. l.], v. 115, n. 6, p. 1346-1406, apr. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução:

Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.