

# CONSTITUCIONALISMO E JUDICIALIZAÇÃO NA POLÍTICA: PODER, CONTROLE E EXCESSO

## CONSTITUCIONALISM AND POLITICAL JUDICIALIZATION: POWER, CONTROL AND EXCESS

“E quem nos salvará dos salvadores?”<sup>1</sup>

**Raul Salvador Blasi Veyl\***  
**Tarcísio Augusto Sousa de Barros\*\***

### RESUMO

O presente trabalho procura remontar as origens do Estado de Direito e do movimento constitucionalista, analisando o controle enquanto uma das principais feições do Estado Moderno pós-revoluções burguesas e da democracia constitucional. Nesse sentido, elabora-se uma construção dialógica e dialética entre a atual postura do Judiciário no Brasil – principalmente nos tribunais superiores – e as funções e perspectivas do constitucionalismo na contemporaneidade, trazendo à tona o ativismo judicial no controle de constitucionalidade como principal reflexo da incongruência entre essas duas perspectivas. Por meio de uma sucinta análise do *Habeas Corpus* 126.292/SP e da movimentação do STF no seu julgamento, traça-se um paralelo entre os problemas da atual judicialização na política e o excesso interpretativo com o qual decidem os Tribunais Superiores. Assim, portanto, poder, controle e Estado de Direito permeiam o presente trabalho na construção de uma análise crítica do controle de constitucionalidade e da judicialização no cenário político brasileiro.

---

<sup>1</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, bolsista PIBIC/CNPq sob orientação da professora doutora Karine Salgado. Possui interesse nas áreas de Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Filosofia do Direito, Teoria do Estado e Teoria Política. raulveyl@gmail.com.

\*\* Mestrando em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais, bolsista Capes – Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Estado do Piauí em convênio com a Escola Judiciária Eleitoral do Estado do Piauí. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT. Possui interesse nas áreas de Direito Constitucional, Direito Eleitoral e Teoria da Constituição. tarcisiobarrosadv@gmail.com.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade; Estado Democrático de Direito; Controle; Constitucionalismo; Poder.

#### ABSTRACT

The present article intends to go back to the origins of the Constitutionalism movement and the Rule of Law to analyze the Control as one of the main faces of Constitutional democracy and post-bourgeois revolution Modern State. In these terms, a dialogic and dialectic construction between the current stance of Judiciary power in Brazil – mainly in the superior courts – and the functions and perspectives of Constitutionalism nowadays is made, bringing activism in the constitutionality control as the major reflex of the incongruity between these two perspectives. Through a summary analysis of Habeas Corpus 126.292/SP and of the movement of the Supreme Court in the judgment, we delineate a parallel between the problems of the present political judicialization and the interpretative excess wherewith decides the Court. In this way, power, control and Rule of Law permeate the present article in the construction of a critic analysis of the Constitutionality Control and Judicialization in the current Brazilian political scenario.

**Keywords:** Constitutionality control; Democratic rule of law; Control; Constitutionalism; Power.

#### INTRODUÇÃO

Como resultado dos estudos elaborados no ano de 2015 no consolidado Grupo de Estudos em Constituição e Política da Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do professor doutor Rodolfo Viana Pereira, o presente trabalho debruça-se, por uma perspectiva histórica, no controle de constitucionalidade e na judicialização na política por meio de uma análise crítica.

Visitando as origens do Estado de Direito, o surgimento do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, traz-se à tona uma visão acerca de um dos principais pontos da teoria da Constituição e dos direitos políticos, qual seja o controle enquanto elemento fundante e garantidor da democracia no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, investiga-se a atual postura dos Tribunais Superiores – principalmente do Supremo Tribunal Federal (STF) – no que concerne ao controle jurisdicional de constitucionalidade e seus principais influxos no atual cenário político brasileiro. Construindo, dialeticamente, um paralelo entre o efetivo e o historicamente possível, o objetivo é trazer e elucidar as tensões entre democracia e constitucionalismo assim como abarcar, no controle, a problemática acerca da legitimidade e dos limites interpretativos da Suprema Corte brasileira.

Isto posto, pondera-se, a título de análise e exemplificação, sobre o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292/SP, que versou, em linhas gerais e bem

sucintas que se aprofundam no decorrer do texto, sob o princípio constitucional da presunção de inocência. Utiliza-se do *Habeas Corpus* para demonstrar a já tão criticada postura ativista do Judiciário brasileiro no que concerne à matéria constitucional em si e para argumentar em torno dos excessos interpretativos que o suposto guardião da Constituição tem realizado quando dos seus votos.

É, assim, no conflito e irredutibilidade do controle enquanto necessário e nocivo, que residem as raízes desse trabalho, o qual pretende, historicamente e de forma interdisciplinar, mas sem a pretensão de encerrar completamente todas as extensas matérias que serão abordadas, trabalhar com os fundamentos do constitucionalismo e do controle de uma forma geral, buscando refletir sobre estudos aprofundados na temática do controle jurisdicional de constitucionalidade e da judicialização na política. Para além de uma simplista e procedimental análise do tema, a tentativa é de elucidar questões de atual importância para as mais diversas áreas do Direito, da história Constitucional e da política brasileira de uma forma geral.

Para a realização desse trabalho, foi essencial uma pesquisa bibliográfica em abalizados estudos de referência, nacionais e estrangeiros, sobre constitucionalismo, direitos fundamentais, estado de direito, controle de poder, ativismo judicial e política, sem, contudo, descuidar da análise de documentos jurisdicionais, notadamente o *Habeas Corpus* já citado, buscando demonstrar a direta correlação entre a fundamentação teórica e a aplicação prática dos temas abordados.

## CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITO

O constitucionalismo é um movimento com origem no pós-revoluções burguesas – aqui protagonizadas pela francesa, inglesa e norte-americana – e com fortes raízes ligadas às novas perspectivas de cunho legalista, democrática e liberal, assumidas pelos Estados, agora chamados de Estados de Direito.<sup>1</sup> Esse movimento constitucionalista se caracteriza – dentre suas múltiplas feições – por exigir a Constituição como estrutura fundante de uma determinada ordem político-social garantidora de direitos. Tem-se, em outras palavras, como leciona Saldanha, que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na base

---

<sup>1</sup> Vale ressaltar que, embora alguns atribuam a Welcker, em 1813, a origem do termo utilizado para expressar Estado de Direito – *Rechtstaat* – outros autores conferem o termo à Von Mohl, em 1832 com sua publicação de *Die Polizeiwissenschaft den Grundsätzen des Rechtsstaates*, e ainda alguns, ligados à corrente hegeliana, assumem que a expressão *Rechtszustand*, usada em contraposição à *Naturzustand*, já exprimia, em 1807 quando cunhada por Hegel, a ideia de Estado de Direito. Não cabe, aqui, desenvolver as divergências no que tange à origem etimológica do termo, mas sublinhar o consenso enquanto sua origem alemã. HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011, p. 34; SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatscky Editor, 1976, p. 40 e ss.

da ordem jurídica, que será a Constituição.<sup>2</sup> Assim, apresenta-se uma linha muito tênue entre Estado de Direito e constitucionalismo, conceitos estes que não podem ser confundidos, uma vez que distintos.

Corresponde, vai aqui dito, embora as duas coisas se distinguem e as duas expressões não sejam sinônimas: o constitucionalismo aparece mais como um movimento, um processo, uma tendência a um tempo doutrinário e institucional; o Estado de Direito, mais como um tipo, um modelo, uma estrutura a que o Estado moderno chegou.<sup>3</sup>

O Estado de Direito vem, nesse sentido, não só inaugurar um espírito democrático na história política do Estado, mas também consolidar um ideal de participação, individualidade e protagonismo social que já vinha sendo construída desde os fins do medievo. Essa construção eminentemente moderna do homem enquanto reflexo de si mesmo e da não mediatização do poder político por uma figura qualquer – seja Deus, seja o monarca absolutista – traz à tona o conceito de direitos fundamentais como prerrogativas das pessoas, necessárias para uma vida digna, exaustivamente tratada nas cartas de declaração de direitos e nas próprias Constituições pós-revolucionárias.

O Estado surge quando um povo, alcançando certo grau de evolução ou certo estágio de integração social, se declara livre, *afirma perante os outros povos sua personalidade, e se provê de meios capazes de traduzir essa afirmação no domínio concreto dos fatos.* [grifos no original]<sup>4</sup>

Dessa forma, como reflexo dos novos anseios e das novas questões com as quais se deparam os homens, os direitos fundamentais, atrelados ao constitucionalismo e ao Estado de Direito criam uma estrutura fortemente enraizada na cultura ocidental moderna e que passará a acompanhar todas as relações que se desenvolveram a partir de então.

Emerge, assim, toda uma nova perspectiva de vida política fundada, por um lado, em elementos materiais de grande nobreza – os direitos fundamentais – e, por outro, em sofisticadas técnicas de estruturação e controle do poder – o constitucionalismo.<sup>5</sup>

É no Estado de Direito, por conseguinte, que os direitos fundamentais passam a ocupar um *locus* privilegiado na vida do homem e nas relações jurídico-políticas que se estabelecem com o fim de garantir a liberdade – seja subjetivamente ou objetivamente – e a plena capacidade de realização de todos na seara

<sup>2</sup> SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*, p. 44.

<sup>3</sup> SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*, p. 39.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>5</sup> HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 37.

pública e privada. Os direitos fundamentais passam a ser a finalidade ética do Estado. “Esses direitos, quer relacionados à estrutura bio-psicológica (*zoon*), quer à estrutura noética (*logikón*), como ser pensante, tem como conteúdo os valores também considerados essenciais que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental”.<sup>6</sup>

O Estado de Direito é, assim, o que se funda na legitimidade do poder, ou seja, que se justifica pela sua origem, segundo o princípio ontológico da origem do poder na vontade do povo, portanto na soberania; pelo exercício, segundo os princípios lógicos de ordenação formal do direito, na forma de uma estrutura de legalidade coerente para o exercício do poder do Estado, que torna possível o princípio da segurança jurídica em sentido amplo, dentro do qual está o da legalidade e o do direito adquirido; e pela finalidade ética do poder, por ser essa finalidade a efetivação jurídica da liberdade, através da declaração, garantia e realização dos direitos fundamentais, segundo os princípios axiológicos que apontam e ordenam valores que dão conteúdo fundante a essa declaração”.<sup>7</sup>

Deve-se ater ao fato de que, no próprio Estado de Direito, a relação entre o direito e a política é gradualmente construída ao longo da história. Destacam-se os paradigmas<sup>8</sup> do Estado de Direito como exemplificadores dessa construção e dos diversos rumos que tomam os direitos fundamentais e o próprio constitucionalismo. Dentro da teoria democrática de Jürgen Habermas, o conceito de paradigma veio à tona como um modelo de concepções implícitas que se tem da própria sociedade, nas palavras de Cattoni, “um conhecimento de fundo (um *background*) que confere às práticas de fazer e de aplicar o direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização da comunidade jurídica”.<sup>9</sup> Em cada paradigma, de forma complementar, dialógica e dialética, assumem-se valores e delimitam-se atribuições que demonstram a edificação do cenário político no qual, hodiernamente, nos vemos inseridos.

O Estado Liberal de Direito buscava a garantia de direitos individuais, como a propriedade, as liberdades econômica e formal, além de direitos políticos, dados a partir do abstencionismo estatal. A Liberdade, nesse primeiro paradigma, enquanto liberdade individual, vinha em resposta ao trauma da limitação da vida

---

<sup>6</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 39, p. 245-266, 2001, p. 246.

<sup>7</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998, p. 6.

<sup>8</sup> Acerca das diversas abordagens do conceito de paradigma, ver: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-72.

<sup>9</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 37.

civil como um todo e ao giro da Modernidade, que trouxe ao homem a consciência de si mesmo. Nesse sentido, “libertar os indivíduos, neste plano, significa retirar de suas vidas as amarras impostas pela coletividade”<sup>10</sup> e a ideia de liberdade negativa, muito abordada por Isaiah Berlin (1959) e Benjamin Constant (1819)<sup>11</sup> – embora em perspectivas e com objetivos distintos –, assim como a limitação – tanto vertical quanto horizontal – do poder do Estado, ganha força.

Nesse paradigma, o legislativo se mostrava como protagonista, justamente para tentar romper com os resquícios absolutistas que ainda assombravam a memória dos Estados e a fim de estabelecer um governo de normas, sob o qual as personalidades e subjetividades das paixões humanas não prevalecessem. É nesse paradigma que a positivação e a racionalização apresentam seus atributos, configurando, juntas, a emancipação daquele regime que já não atendia aos anseios do homem. Assim, os direitos fundamentais de primeira geração – aqueles desenvolvidos no Paradigma Liberal do Estado de Direito – foram “fruto de uma gestação secular que se desenvolveu no seio da avançada cultura francesa e se constituiu em matriz das ideias democráticas liberais”.<sup>12</sup>

Com o tempo, percebeu-se que as demandas que se consolidaram nesse primeiro paradigma não foram suficientes para atender a maioria da população. O discurso de liberdade não se concretizou, os direitos fundamentais desenvolvidos não foram o bastante, e as amarras que antes impediam a participação e a realização plena do homem em sociedade não desapareceram, apenas tomaram um aspecto distinto. A falência do modelo liberal-racionalista, o avanço da industrialização e da estratificação social, assim como o movimento socialista e a crise de 1929 demonstram, como afirma Horta,<sup>13</sup> os fundamentos sociológicos do aparecimento do Estado Social de Direito.

O Estado Social de Direito, preocupado com a coesão social, edifica-se por meio da construção de igualdades materiais, criação de direitos econômicos, atribuição de valor social à terra, além da garantia da autonomia pela intervenção. Impulsionado pelo marxismo, pela social democracia e pelo movimento constitucionalista que culmina na Constituição de Weimar em 1919, cria-se o Estado Providência, aquele que possibilita as condições de liberdade, que assume um “compromisso ético-democrático com as massas”<sup>14</sup> e que, com seu cunho coletivista e emancipador, procura efetivar uma democracia real. Percebe-se, com isso, a substancial mudança que sofrem os direitos fundamentais. Aqueles que,

---

<sup>10</sup> HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 81.

<sup>11</sup> CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985; BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. 205p. (Coleção Pensamento Político).

<sup>12</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Apud HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 108.

<sup>13</sup> HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*.

<sup>14</sup> HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 135.

antes, eram todos fundados no distanciamento com o Estado, agora exigem uma atuação efetiva dele para garantir, e não apenas pregar, a liberdade e a igualdade de todos. Passa-se a exigir prestações positivas do Estado, em contrapartida à liberdade negativa estimulada no Estado Liberal de Direito. “Emergem, ao cabo de severas críticas ao formalismo liberal, direitos sociais, econômicos e culturais como direitos fundamentais do homem, concebidos exatamente para assegurarem a real efetivação das liberdades originárias”.<sup>15</sup>

Como leciona Pereira, o constitucionalismo da época passa a incorporar valores integradores da coletividade e dar respaldo social às conquistas democráticas já absorvidas pelo Estado Liberal de Direito, não sendo “apenas um sistema de restrições” e se convertendo “em um sistema de promoção de cláusula social”.<sup>16</sup>

O Executivo é o principal poder desse período, já que, dada a necessidade da constante intervenção do mesmo, ocorre o inchaço da máquina estatal, o que abre portas, como leciona Karine Salgado, para totalitarismos, modelos que exacerbam o intervencionismo e descontrolam toda a estrutura político-jurídico vigente, passando por cima de todas as conquistas já alcançadas pelo Estado de Direito propriamente dito.<sup>17</sup>

Esse paradigma, também tido como *Welfare State*, passa a sofrer seus abalos com o surgimento de diversas críticas quanto à burocratização e clientelização das pessoas à serviço do Estado. O surgimento dos movimentos como o negro e o feminista também abalaram o sistema que não os contemplava formal ou materialmente. A necessidade de um sistema fraterno, que já havia incorporado, ao longo dos paradigmas, os ideais de liberdade e igualdade, faz-se presente. Surge, assim, o Estado Democrático de Direito.

Esse último paradigma, que invoca o protagonismo da sociedade para alcançar seus fins, colocando o fardo e as rédeas do Estado nas mãos da população, procura afirmação da liberdade enquanto direito à diferença e proteção da autonomia pública e privada (que devem ser equiprimordiais, complementares e coesas internamente). Dessa forma, por meio das cartas de declaração de direitos, dos direitos de primeira e segunda geração, além do grande enfoque e refinamento das discussões acerca de liberdade, igualdade e inclusão, todas influenciadas pelas questões dos paradigmas liberal e social, o Estado Democrático de Direito, de forma dialética, surge como suprassunção dos valores e posições confrontadas anteriormente a ele.

---

<sup>15</sup> HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 158.

<sup>16</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38.

<sup>17</sup> SALGADO, Karine. *História do estado de direito*. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 71, n. 2, ano XXVIII, 2009, p. 108.

O Estado Democrático de Direito, carregando consigo uma série de garantias já anteriormente efetivados e na permanente tensão entre direitos e democracia, inaugura o que chamamos de direitos difusos. Esse rol de direitos, incorporados aos direitos fundamentais, “mesmo não tendo um titular preciso, (...) devotam-se às gerações futuras e às tradições passadas, anunciando a plenitude do homem (de todo homem)”.<sup>18</sup>

No plano político, temos os direitos à paz e à autodeterminação dos povos, no plano econômico, o direito ao desenvolvimento; no plano cultural, o direito à tradição religiosa e pleno acesso à comunicação; no plano da qualidade de vida, o direito ao meio ambiente; no plano das relações intersubjetivas, a proteção ao consumidor e a proteção à infância e adolescência.<sup>19</sup>

Esse modelo, também chamado de procedimentalista – termo atribuído, principalmente, na teoria democrática de Jürgen Habermas – dado o enfoque da vida democrática “em torno de instituições e de regras suficientemente estáveis para permitir a participação arrazoada de todos os cidadãos na decisão pública”,<sup>20</sup> ressalta o constitucionalismo, segundo Pereira,<sup>21</sup> como principal mecanismo de controle da vida pública e política, principalmente com as diversas formas de controle constitucional, dada a multiplicidade de direitos e ausência de hierarquias normativas claras.

Assim, após a caracterização dos direitos fundamentais e dos paradigmas do Estado de Direito, faz-se necessário estudar um movimento que os acompanha e complementa indissociavelmente, o constitucionalismo.

Temos então o Estado de Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem *jurídica e essencialmente na base desta, a constituição*. Certamente que se tem aqui um modelo passível de variantes, mas os casos históricos fundamentais são muito marcantes. (grifos nossos).<sup>22</sup>

É fato que esse movimento se mostra como marco na teoria do Estado e, mais especificamente, no Estado de Direito como um todo pelo rompimento com o Estado absolutista por meio da subordinação do poder político ao direito.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 225.

<sup>19</sup> HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*, p. 225.

<sup>20</sup> NAY, Oliver. *História das ideias políticas*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 448.

<sup>21</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*.

<sup>22</sup> SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*, p. 44.

<sup>23</sup> SALGADO, Karine. *História do estado de direito*, p. 106.



O movimento constitucionalista possibilita e é possibilitado pelo Estado de Direito, e é sob essa interseção que nos debruçaremos, explorando os limites e as capacidades de limitação, controle e legitimidade do constitucionalismo no Estado de Direito. Faz-se mister, entretanto, destacar a dificuldade e a dissonância no que concerne à conceituação desse movimento, o qual, segundo Pereira,<sup>24</sup> apresenta-se como polissêmico.

Ainda que o termo constituição em sentido moderno surja, mais precisamente, na virada do século XVI para o século XVII, tendo sido ultimado em fins do século XVIII e no grande período de reflexão norte-americana, a reconstrução analítica dos padrões de vida pública pré-modernos já demonstrava a existência de uma certa geometria variável quanto a noções fundamentais da teoria constitucional, mesmo em relação a conceitos clássicos como, por exemplo, o de politeia e o de fundamental law.<sup>25</sup>

O constitucionalismo apresenta um caráter maleável enquanto derivado das relações sociais e de uma cultura política característica da história e da formação de cada sociedade. Ademais, a relação entre direito e política carrega consigo um emaranhado de relações e multiplicidade de ideias que faz com que qualquer tentativa de sistematização e universalização do conceito de constitucionalismo seja ineficaz. Nesse sentido, leciona Pereira:

Segundo mudam as pré-compreensões acerca do indivíduo, da sociedade, do Estado, bem como de suas relações, mudam igualmente as configurações concretas das ordens constitucionais e das abordagens teóricas, provocando, por consequência, alterações no significado do termo.<sup>26</sup>

Outra variável importante, que atribui ao constitucionalismo um complexo aspecto de movimento intelectual, está na marcante tensão que se estabelece entre ele e a democracia. Por um lado, é evidente a limitação imposta pelo constitucionalismo à deliberação política pelas maiorias democráticas – já que delega à “jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição –;<sup>27</sup> por outro, valores historicamente moldados e derivados, em sua grande maioria, dos direitos fundamentais, limitam a atuação da Constituição, a qual

---

<sup>24</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 5 e ss.

<sup>25</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 5.

<sup>26</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 12.

<sup>27</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

não pode materializar retrocessos no âmbito do Estado de Direito e das conquistas alcançadas.<sup>28</sup> “A função fundante do controle encontra no princípio democrático seu elemento justificador, ao passo que a democracia encontrará no princípio da constitucionalidade seu elemento possibilitador”.<sup>29</sup>

Dessa forma, para que se construa um ideal transdisciplinar, capaz de albergar todas as variáveis presentes no ideal histórico e dialético do movimento constitucionalista, devemos assumir a teoria constitucional enquanto “ilhas de consensos parciais”,<sup>30</sup> cuja multiplicidade de questões que as envolvem “poderiam induzir a uma metateoria que flutuaria em torno da detecção, classificação e análise de teorias subordinadas”.<sup>31</sup>

Assim, na busca pela circunscrição dessa “metateoria” sob a qual se possa interpretar o fenômeno constitucionalista como um todo, Pereira<sup>32</sup> delimita a polarização clássica sob as quais caminha o termo constituição. Traz, em um polo, a “constituição-restritiva”, que empenha uma função negativa, de proibição. Em contrapartida, apresenta a constituição-constituente, a qual exerce a função estruturante e edificadora de uma determinada realidade jurídica. Há aqui um duplo aspecto conformador do constitucionalismo, que consegue traduzir, simplificada, toda a dissonância presente no termo, uma vez que apresenta tanto um aspecto formal de atribuições de prerrogativas, quanto um aspecto material, reproduzidor de valores já estabelecidos, social e historicamente consolidados e, por isso, precedentes à Constituição.

Assim, estabelecidas as devidas conexões entre os mais diversos influxos que compõem o movimento constitucionalista, bem como as relações, indissociáveis com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, com o Estado de Direito de uma forma geral, pode-se destrinchar, de uma forma mais contundente, os aspectos constitucionais já dicotomicamente estabelecidos anteriormente. Trataremos, sempre em uma abordagem dialética, um dos principais aspectos do movimento constitucionalista, o controle.

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, Bernardo traz a multiplicidade de sentidos, interpretações e doutrinações acerca do termo Constituição enquanto uma das vertentes do constitucionalismo. É possível perceber, assim, a grandiosidade do constitucionalismo e a necessidade de evidenciar-se suas múltiplas características até para que se aproxime – ainda que minimamente – do exaurimento do conceito. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 51 e ss.

<sup>29</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 35.

<sup>30</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

<sup>31</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

<sup>32</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 15.

De exponencial relevância para as revoluções e para o estabelecimento do sistema constitucionalista que se adotou no Estado de Direito, traçar-se-á diálogos constantes entre esse controle e os elementos sob os quais residem as raízes do constitucionalismo, rumando para uma abordagem contemporânea que englobe as efervescentes discussões que permeiam o âmbito jurídico, mais especificamente no que concerne ao controle jurisdicional de constitucionalidade, um dos principais desdobramentos do constitucionalismo na atualidade, que enseja grandes debates doutrinários dada a sua maleabilidade e a quantidade de variáveis que o albergam em suas distintas realidades sociais e históricas.

### O CONTROLE ENQUANTO ELEMENTO DE LIMITAÇÃO DE PODER

Partindo de uma premissa que identifica a dificuldade de conceituação geral dos constitucionalismos,<sup>33</sup> Pereira, sugere que “a ideia de controle do modo pelo qual o poder deve ser exercido parece representar esse elemento catalisador”.<sup>34</sup> O autor esclarece que “a sujeição do exercício da autoridade a certos padrões normativos previamente reconhecidos representa talvez um dos poucos, senão o único ponto de concordância teórica geralmente relacionado ao tema”.<sup>35</sup> Desse modo, o constitucionalismo possui íntima relação com a regulação do poder estatal; ou, até melhor, teria o controle em seu âmago.

Além de demonstrar a correlação de constitucionalismo e controle de poder nos estudos de Charles McIlwain, Carl Friedrich assevera que Karl Loewenstein aponta que o controle dos “destinatários do poder” pelos “detentores do poder” é a própria essência do Estado constitucional, Pereira<sup>36</sup> demonstra a premissa da qual parte Loewenstein: a demonologia do poder, que é a tendência do homem de abusar do seu exercício. Desse modo, “o controle do poder é, pois, concebido como a chave para a compreensão da diferença entre os sistemas autocráticos e democrático”,<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Apud PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16. Pereira atribui o termo ao constitucionalista português, para quem “constitucionalismos” seria mais adequado dada a dificuldade de se encontrar um ponto em comum nas teorias do constitucionalismo nos quatro países de mais tradição (Inglaterra, Estados Unidos, França e Alemanha). PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

<sup>34</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 16.

<sup>35</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 17.

<sup>36</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 17-19.

<sup>37</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 19.

o que permite afirmar, com base em todos esses estudos aqui citados, que não há democracia sem o controle do poder.

Interessante que, sem contradizer Loewenstein, Pereira “ultrapassa a pré-compreensão liberal do poder como fenômeno malévolos e vislumbra suas potencialidades construtivas”.<sup>38</sup> Em verdade, a conclusão de ambos dialoga, pois o poder não é um mal em si, embora necessite de controle (em grande medida) pela predisposição humana ao seu abuso.

### Rápidas considerações acerca das dimensões *fundante* e *garantia* do controle

O controle seria, então, um freio, algo negativo, ao poder estatal? A resposta à essa indagação, se precipitada for, conduz a uma das críticas mais contundentes encontradas no trabalho do professor Rodolfo Viana Pereira, que analisa:

(...) restringe-se a noção de controle a um momento posterior ao ato de fundação constitucional, limitando-se à mera função de garantia da normatividade previamente definida. Em segundo lugar, as abordagens tradicionais são igualmente reducionistas já que, em sua maior parte, associam a função do controle a um princípio negativo: controlar seria semanticamente equivalente apenas a reduzir, limitar, paralisar. “Governo limitado” e “poder proscrito” são, nesse contexto, os únicos resultados esperados das técnicas de controle.

Não obstante, os atuais estágios de desenvolvimento tanto do Estado como da própria sociedade civil implicam uma reconfiguração das funções e da compreensão do controle enquanto categoria constitucional. As possibilidades de prestações positivas e performances promotoras – e não apenas limitadoras –, bem como de funções fundantes e não apenas garantidoras impõem-se como princípios a serem redescobertos pela Teoria da Constituição e como objetivos a serem alcançados pelas técnicas de engenharia constitucional.<sup>39</sup>

Eis aí o objeto do estudo de Pereira: repensar e reconstruir o controle a partir da redescoberta de suas duas dimensões; uma, a nível dogmático, é controle-garantia e a outra, a nível teórico, é controle fundante. Didaticamente, o

<sup>38</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 21.

<sup>39</sup> Tamanha sua insatisfação em relação às abordagens tradicionais que não observam a função fundante do controle que frisa: “Apesar de toda a tradição do constitucionalismo ter impregnado o termo com uma carga negativa – a função de paralisar, de sujeitar –, controlar significa igualmente adequar, garantir, ajustar”. PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 21-22.

controle-garantia é, pois, *a posteriori*, negativo, limitador. Entretanto, e aí a importância da função fundante, controlar, “mais do que limitar, significa promover juridicamente a vontade manifesta no ato constituinte, velando para que as decisões políticas fundamentais possam, através da forma constitucional, conformar a realidade pré-política”.<sup>40</sup>

E o que seria esse controle? Ou melhor, quais seriam seus instrumentos e institutos? Não sem antes ressaltar a necessidade de mais estudos autônomos sobre o controle e de advertir a sua potencial relevância de aplicabilidade em processos de conformação da realidade política, o constitucionalista expõe institutos concretos e técnicas particulares de controle: separação de poderes, controle de constitucionalidade dos atos normativos, controle das contas públicas, fiscalização das eleições, combate ao monopólio em setores da economia e o recall são só alguns dos exemplos citados por Pereira.<sup>41</sup>

Após identificar as dimensões e as funções do controle, inclusive exemplificando, Pereira sustenta a implicação entre ambas, o criar destruindo e o destruir criando, chegando ao ponto em que demonstrará que “a toda função negativa de limitação de poder, corresponde necessariamente uma função positiva de promoção de certos ideais”.<sup>42</sup> Pereira, mais uma vez, utiliza-se de exemplo para demonstrar a retroalimentação das funções do controle:

O processo eleitoral surge aqui como um dos exemplos mais esclarecedores. Tal processo significa, na prática, um sistema de controle (controle das condições de realização da escolha popular dos cargos de representação) que funda a legitimidade do princípio representativo, perfazendo, com isso, a primeira função democrática. Contudo, como ressaltado por uma longa tradição liberal, o processo eleitoral pode ser visto, simultaneamente, como um meio de controle e de deslegitimação relativo ao uso do poder durante o lapso temporal que se encerra no dia do sufrágio. Indiretamente, a eleição serve, assim, como um mecanismo pelo qual se pode julgar, *a posteriori*, os acertos e erros no exercício do mandato, construindo tanto para a punição do uso pretérito inadequado do poder como para a prevenção futura dos novos comportamentos políticos.<sup>43</sup>

É possível perceber que, tanto como função fundante quanto como função garantia, o objeto do controle é a gestão do poder, que ocorrerá de duas ma-

---

<sup>40</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 37.

<sup>41</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 30 e 235-236.

<sup>42</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 31.

<sup>43</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 31.

neiras: enquanto fundação de poder o controle observará as condições de formação da vontade política de uma determinada comunidade; já como controle-garantia o controle cuida da adequação do exercício de determinadas condutas.<sup>44</sup>

A partir dessas premissas, Pereira afirma que “a primeira dimensão [fundante] do controle instaura essencialmente um problema de legitimação quanto à titulação e à formação do poder, ao passo que a segunda dimensão [garantia] toca o problema da correção do desempenho desse mesmo poder”.<sup>45</sup> Não obstante seja a dimensão fundante que esteja diretamente relacionada à legitimação do poder, Pereira, com razão, esclarece que “o resgate da adequabilidade político-constitucional do uso desviante do poder através da função de controle *stricto sensu* [garantia] implica, necessariamente a reposição da legitimidade original perdida”.<sup>46</sup> Isso quer dizer que, mesmo enquanto função garantia, o controle trata da (re)legitimação do poder, conformando procedimentos e regras que fundaram este próprio poder.

### Dilema do controle de constitucionalidade dos atos normativos (controle-garantia)

Embora o estudo da legitimação do poder advenha da função fundante, o próprio professor Pereira adverte que a preocupação com o controle-garantia, enquanto instituto e técnica, não deve ser desprezada, principalmente porque “os sistemas de controle-garantia foram desenhados para garantir o cumprimento da ordem constitucional”.<sup>47</sup> Para Rodolfo Viana Pereira, o controle-garantia é princípio constitucional:

O controle dogmático é princípio constitucional, enfim, porque se apresenta essencialmente como um mecanismo de realização da constitucionalidade. Ou melhor, é um mecanismo de realização constitucional de segunda ordem, pois, muito embora não atue na fundação dos pressupostos normativos de uma determinada comunidade, age, posteriormente, para garantir a observação desse momento fundacional no tempo.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 33.

<sup>45</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 33.

<sup>46</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 34.

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 200.

<sup>48</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 204.

É pela tecnicidade que o constitucionalismo evidencia a função garantia exercida pelo controle para com a própria Constituição e a democracia. A dimensão garantia do controle aborda os institutos concretos de preservação da Constituição, ou seja, “ferramentas técnico-jurídicas, aparatos criados no seio das diversas ordens jurídicas, a fim de inaugurar, para os sujeitos constitucionais, vias pragmáticas de ação”;<sup>49</sup> são verdadeiros “processos de legitimação tardia que implicam o resgate da normalidade constitucional”.<sup>50</sup>

O objeto do controle-garantia, para Pereira, será “as ações ou omissões praticadas por agentes públicos ou privados, afetas a interesses públicos que se encontram em dissonância com o marco constitucional”,<sup>51</sup> seja pelo poder abusivo, ineficiente, insuficiente ou ausente com a “finalidade central [de] garantir a adequação constitucional dos comportamentos comissivos ou omissivos a que se fez alusão”.<sup>52</sup>

O poder deve ser (e só é) controlado pelo poder, independentemente de quem ou como o exerça. Sobre a evolução do controle do poder, Pereira explica que “da prevalência do princípio da separação de poderes passou-se à primazia do princípio do acesso à justiça como versão preferida da arte constitucional do controle”.<sup>53</sup> Neste ponto, o constitucionalista mineiro explica o processo de ascensão do Poder Judiciário de maneira concomitante à evolução do Estado, principalmente em relação à sua afirmação como Democrático de Direito, como também fora devidamente demonstrado na seção anterior do presente estudo.

Seguindo em suas ponderações, Rodolfo Viana Pereira afirma, embora não sem antes denunciar certa superficialidade dessa constatação, que há sim “associação entre os binômios constitucionalismo liberal e predominância do Poder Legislativo, constitucionalismo social e predominância do Poder Executivo e constitucionalismo democrático e predominância do Poder Judiciário”.<sup>54</sup> Isto decorreria do fato de o Judiciário ter assumido o papel de “melhor guardião da Constituição”,<sup>55</sup> notadamente no que concerne à proteção de direitos fundamentais

---

<sup>49</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 196.

<sup>50</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 208.

<sup>51</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 205.

<sup>52</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 208.

<sup>53</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 236.

<sup>54</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 236.

<sup>55</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 236.

e, “como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal”.<sup>56</sup>

## REFLEXOS SOBRE A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E A DEMONOLOGIA DO PODER NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Eis aqui uma questão nodal enfrentada há muito pelo constitucionalismo e pela teoria do controle, que é a característica contramajoritária do Poder Judiciário, evidenciada sobretudo na dualidade constituição e democracia. O que acontece é que “Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora”.<sup>57</sup> Como explica Barroso, “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”.<sup>58</sup>

O embate cinge-se à legitimidade da atividade jurisdicional face a atividade desenvolvida pelos outros poderes. É legítimo outorgar poder para um agente não eleito pelo povo julgar inconstitucional atos normativos aprovados por representantes diretamente eleitos desse mesmo povo?

Sobre o tema, mas sem a finalidade de responder diretamente ao questionamento acima, Pereira aduz que, à primeira vista, a expressão “democracia-constitucional” pode representar um casamento de opostos e assim explica:

A controvérsia se nutre da seguinte assertiva: o postulado democrático, fundado no dogma da soberania popular, seria prejudicado no contexto do constitucionalismo dada a existência de limites impostos por esse ao livre exercício do poder soberano. A reflexão decompõe-se, portanto, em duas pressuposições. Por um lado, a ordem constitucional é descrita como um conjunto de preceitos normativos que inclui dentre seus objetivos principais a garantia da permanência e da estabilidade de certos temas contra a discricionariedade política, seja através do estabelecimento de quóruns qualificados para alteração normativa ou mediante a previsão de cláusulas restritivas de mudança (as chamadas cláusulas pétreas). Por outro lado, o regime democrático designa o povo,

---

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 7.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 17.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 15.



em sua conformação atualizada, como a única fonte de legitimidade política e destaca o princípio da maioria como o método regular para a tomada de decisões.<sup>59</sup>

Ao evidenciar ainda mais o problema exposto, Maluschke afirma que democracia direta “tem de ser entendida como forma de governo sem constituição alguma, porque, desde que o povo cria uma constituição, ele se algema a si mesmo e perde sua soberania”, concluindo que “a criação de uma constituição democrática marca o fim da soberania popular”.<sup>60</sup>

Essas inquietações são observadas a partir de reflexões de institutos de controle-garantia, mais especificamente, no que interessa ao presente trabalho, do controle jurisdicional de constitucionalidade de atos normativos. O constitucionalismo é mesmo antidemocrático? A atividade jurisdicional, enquanto “instância de garantia contramajoritária”,<sup>61</sup> é antidemocrática? Há “como fundamentar democraticamente o controle constitucional da própria democracia?”<sup>62</sup>

Na tentativa de responder a essas indagações, Rodolfo Viana Pereira buscou primeiro tecer relevantes considerações a respeito da democracia que irão influenciar diretamente na conclusão sobre o “constitucionalismo-democrático”. A primeira tarefa do constitucionalista mineiro foi esclarecer que “a democracia é um conceito semanticamente e estruturalmente condicionado e que ela “não se realiza em abstrato, nem se mantém sem instituições, procedimentos e regras operacionais”.<sup>63</sup> É exatamente da inexistência de autossuficiência da democracia que exsurge o constitucionalismo. A partir disso, Pereira retraça premissas a respeito de constitucionalismo e democracia, afirmando que, a um só tempo, aquele (constitucionalismo) não se reduz à funcionalidade negativa de mera constrição e esta (democracia) não se limite ao governo da maioria.<sup>64</sup>

Assim, conclui Pereira:

Constituição e democracia são fenômenos cujos discursos fundem-se em uma única narrativa: toda ordem constitucional só adquire seu título

---

<sup>59</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 60-61.

<sup>60</sup> MALUSCHKE, Günther. *Democracia representativa vs. democracia direta*. Fortaleza, *Pensar*, p. 69-74, abr. 2007, edição especial, p. 72.

<sup>61</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 64.

<sup>62</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 67.

<sup>63</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 69.

<sup>64</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 68.

de legitimidade se for democraticamente orientada e todo sistema político democrático só assegura os pressupostos fenomenológicos de sua existência se for constitucionalmente estruturado.<sup>65</sup>

Grimm já havia chegado a essa mesma conclusão quando afirmou que “Constituições podem bloquear a política. Isso está fora de dúvidas. Elas até mesmo falhariam em seu objetivo, caso não o fizessem”.<sup>66</sup> O constitucionalista alemão explica que os tribunais constitucionais são, por isso mesmo, verdadeiros “estabilizadores de sistemas democráticos” e “é a própria política que se aproveitou disso”, já que “sem a válvula e sem o corretivo neutro da política partidária, como apresenta um tribunal constitucional, uma grande pressão dirigir-se-ia sobre as instâncias políticas”.<sup>67</sup>

Nesse contexto, cumpre diferenciar três termos de relevo para o presente debate, quais sejam: jurisdição constitucional, judicialização e ativismo judicial. Enquanto jurisdição constitucional se refere ao “poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”, “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” e o conceito de ativismo judicial se associa “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.<sup>68</sup>

A respeito da judicialização, Barroso vai muito bem ao explicar que esta não é uma escolha do Poder Judiciário, já que “juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão”,<sup>69</sup> tocando, concomitantemente, nos conceitos de inércia da jurisdição e obrigatoriedade das decisões judiciais. Todavia, a seguinte ressalva não é menos esclarecedora: “o modo como venham a exercer essa competência [na judicialização] é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 68.

<sup>66</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 125.

<sup>67</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 102.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 4-5 e 9.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 7-8.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 8.

O que se busca demonstrar é que se, de um lado, “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional”,<sup>71</sup> de outro também distancia “juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito”.<sup>72</sup> É por isso que, embora pareça acertada a conclusão de Barroso de que “cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela”<sup>73</sup> pensar que, “em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário”,<sup>74</sup> já se apresenta ultrapassado.

Mendes tocou o tema oportunamente quando denunciou que a aceitação tranquila dos tribunais constitucionais como guardiões da constituição pode ocasionar o seguinte:

Ao arrogar-se a responsabilidade de, olímpica e solitariamente, salvar a democracia contra a vontade dos outros poderes, a corte arrisca-se a criar um feitiço contra si mesma que tende a culminar ou numa prática decisória tímida e acanhada, ou numa reação mais agressiva (e menos deliberativa) do outro poder.<sup>75</sup>

O próprio professor Luís Roberto Barroso demonstrou alguns casos dessas práticas que o Brasil já vem suportando do Supremo Tribunal Federal:

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como e passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço

---

<sup>71</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 10.

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 9.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 11.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 11.

<sup>75</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, 2008. 267f. Tese – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 226.

público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.<sup>76</sup>

Se, quando do seu estudo, Mendes não estava certo sobre as consequências de assegurar ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a Constituição, dizendo “apenas” que ela devia “ser rejeitada não só porque pressupõe a superioridade do juízo moral feito pelo tribunal sobre o legislador, mas porque, ao atribuir ao tribunal um ônus dessa magnitude, corre o risco de produzir uma consequência talvez contraintuitiva – o guardião acanhado”,<sup>77</sup> o presente artigo sugere que, no caso brasileiro, a atuação do STF tem se afastado cada vez mais de práticas decisórias tímidas e acanhadas citadas por Mendes.

Mesmo no exercício do poder de jurisdição constitucional, ou seja, no exercício do poder de aplicação direta da Constituição, juízes também estão sujeitos a demonologia do poder e ao poder abusivo/ineficiente/insuficiente/ausente e devem ser contidos. Tentar-se-á demonstrar na sessão seguinte que essa demonologia tem tomado conta de alguns jumentos recentes no Supremo Tribunal Federal. Como já dito, essa é uma tendência natural do homem. Entretanto, aceitar pacificamente a última interpretação constitucional do Tribunal Constitucional pode ser a semente e, o mais grave, a raiz dos excessos cometidos pelo Judiciário no controle do poder.

### **JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O HABEAS CORPUS 126.292/SP: PANORAMA DO CONTROLE NO CENÁRIO BRASILEIRO**

Conforme já anteriormente ilustrado, a judicialização da política, como um dos principais resultados da relação entre direito e política, do protagonismo do Judiciário alcançado no Estado Democrático de Direito e como uma das principais vertentes do aspecto de controle do constitucionalismo, tem exercido basilar importância nas principais discussões em torno do cenário político-jurídico brasileiro.

A central problemática desenvolvida em torno da jurisdição constitucional debruça-se na postura que a Suprema Corte brasileira tem adotado quando se depara com supostas inconstitucionalidades. O Ativismo Judicial, como já supramencionado e, conseqüentemente, o papel de legislador e modificador da Constituição que o Judiciário toma para si no atual cenário político brasileiro, tem sido foco de grandes discussões, principalmente no que tange aos excessos argumentativos que permeiam grande parte dos julgados do Supremo Tribunal

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 9.

<sup>77</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 229.

Federal. Na linha de Conrado Hübner Mendes, “esse modo convencional de olhar para o controle de constitucionalidade superestima seu papel e sua responsabilidade, ao mesmo tempo que atrofia os outros poderes”.<sup>78</sup>

Aliada, assim, à demonologia ao qual o decisionismo do Judiciário está embebido, temos os excessos argumentativos e, tal como elucidado por José Adércio Leite Sampaio, o “giro hermenêutico”.<sup>79</sup> Esses elementos, juntos, trabalham na tentativa da reafirmação e justificação dessa demonologia. Por meio de um grande esforço argumentativo para justificar as decisões e os méritos de análise dos processos, assim como o embasamento em uma hermenêutica que trata os juízes como se fossem “Hércules de carne e osso”,<sup>80</sup> extrapolam-se os limites definidos na perspectiva do controle do constitucionalismo, os quais “(...) não devem servir apenas à lógica do vigiar e punir, mas devem se abrir a outras perspectivas, sobretudo de caráter promocional e emancipatório”.<sup>81</sup>

É na judicialização da política abarcada pela demonologia do exercício do poder no Judiciário – o qual por si só já apresenta tendência ao excesso, seja por uma delimitação institucional, seja por uma construção histórica – que os problemas acerca do decisionismo encontram terras férteis ao seu desenvolvimento.

Um claro reflexo desse paradigma foi o resultado do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016. Com sete votos a quatro, o STF declarou que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.<sup>82</sup>

Pautando-se em realidades jurídicas de outros países – como Argentina, Estados Unidos, Inglaterra e Canadá – e no fato de que os Tribunais Superiores não fazem a reavaliação dos fatos e das provas, Teori Zavascki, que conduziu os demais votos de Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, alterou o entendimento anterior do mesmo

---

<sup>78</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 38.

<sup>79</sup> ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, p. 299 e ss.

<sup>80</sup> ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*, p. 302.

<sup>81</sup> ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*, p. 586.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus* n. 126.292. Voto do ministro Teori Zavascki. Brasília. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

Tribunal (HC 84078/MG de 2009) e foi de encontro ao art. 5º, LVII, da Constituição da República, a qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>83</sup>

Como interpretar a Constituição da República Federativa do Brasil com base na ordem constitucional dos Estados Unidos da América do Norte? As previsões constitucionais brasileiras devem ser interpretadas em conformidade com o sistema pátrio, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Direito pátrio. Agora, os sistemas constitucionais de outros países jamais podem ser utilizados como argumentos para interpretar restritivamente um enunciado normativo brasileiro que tutela um direito fundamental.<sup>84</sup>

Ao permitir a execução provisória da sentença sem que haja sentença penal condenatória transitada em julgado, o Supremo Tribunal Federal deixou de lado a presunção de inocência e um rol de direitos e princípios dialeticamente construídos ao longo da história do constitucionalismo e do Estado de Direito.

Ademais, não só sobre a inocência versa tal princípio, uma vez que as questões relacionadas ao ônus de prova baseiam-se, inicialmente, na construção da presunção de inocência. Assim, a despeito do que pode parecer, o princípio positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição da República ultrapassa as fronteiras do procedimentalismo penal por ele mesmo, resgatando diversos valores historicamente construídos.

Este [o princípio da presunção de inocência], quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa.<sup>85</sup>

Não obstante a desconsideração do texto constitucional expresso, a decisão do Supremo Tribunal Federal olvidou diversos pactos internacionalmente firmados pelo Brasil e se mostrou como um regresso em matéria de direitos fundamentais. Muito além da letra da norma, a presunção de inocência traz consigo uma enorme carga jurídica no que tange à conquista de liberdades, concretização

---

<sup>83</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 08/03/2016.

<sup>84</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Colunistas*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 08/03/2016.

<sup>85</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 945.

de lutas contra autoritarismos e efetivação das conquistas contra um poder estatal ilimitado.

Na esfera da Europa continental, o princípio da presunção de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência dos cidadãos, culminando com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (...) O artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia das Nações Unidas, em face das experiências da Segunda Guerra Mundial, das fortes violações aos direitos humanos, bem como da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, acolheu o princípio da presunção de inocência como garantia ao justo processo.<sup>86</sup>

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, desconsiderou-se grande parte dessa história em função do utilitarista combate à impunidade<sup>87</sup> e de uma história dos Tribunais – da qual Zavascki se fez valer em sua argumentação – cujos erros pareciam já superados, tal como se vê no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG de 2009.<sup>88</sup> À época, o Tribunal deixou clara a função primordial que exerce o princípio da não culpabilidade no Estado de Direito e o papel basilar do mesmo para a asseguuração da democracia.

Nas democracias mesmo os “potenciais” criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se ode apurar plenamente quando transitada em julgado, a condenação de cada qual.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 945.

<sup>87</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em: 08/03/2016.

<sup>88</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e. *Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://emporiadodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica\\_/#\\_ftn39](http://emporiadodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica_/#_ftn39)>. Acesso em: 08/03/2016.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki. Brasília. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

Deixaram-se levar, ainda, os votos que acompanharam o relator, por uma suposta superioridade de outras realidades jurídico-políticas que poderiam “ditar” como deveriam se dar as execuções das condenações no Brasil. O voto do relator, imerso em questões problemáticas, tal como elucidada Emilio Meyer, trouxe uma ginástica argumentativa para que se pudesse alcançar um Estado ainda mais punitivo.<sup>90</sup>

Vale ressaltar, ainda, que para além da afronta à Constituição e à história – que por si só já configurariam um problema de proporções imensuráveis – a desconsideração da presunção de inocência causa sérios problemas em todo ordenamento penal e processual penal, que pauta suas normas em torno desse direito fundamental. Mesmo o ministro Zavascki, em seu voto, elenca as questões do ordenamento brasileiro que se fazem valer desse princípio, reforçando-o:

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional, agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.<sup>91</sup>

Em resposta, o voto do ministro Celso de Mello insistiu no carregado valor semântico da presunção de inocência e elucidou a importância do princípio enquanto direito fundamental e enquanto um dos principais métodos para que se tenha certo controle e segurança sob a conduta Estatal para com o réu – tendo em vista, principalmente, a falta de sensibilidade que as instituições brasileiras tem com ele.

---

<sup>90</sup> MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?* Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 08/03/2016.

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki.



Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.<sup>92</sup>

Não obstante, o ministro Celso de Mello também deixa claro o papel do princípio da não culpabilidade enquanto principal estruturador da realidade penal que temos no ordenamento jurídico brasileiro, lecionando que o mesmo “representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos”.<sup>93</sup>

Importa ressaltar a postura contraditória do STF quanto ao seu próprio entendimento em matéria de direitos fundamentais. Nas palavras de Emilio Meyer, “O próprio STF (...) já reconheceu que a proibição do retrocesso prevalece em termos de direitos fundamentais. Isto significa que se deve excluir situações de desfazimento de conquistas estabelecidas por determinado patamar de direitos fundamentais”.<sup>94</sup>

Daniel Wunder Hachem também aborda um tema dando uma roupagem eminentemente constitucional, trazendo a vedação do retrocesso nas cláusulas pétreas. Dessa forma, o retorno ao paradigma vigente anterior a 2009 não só iria ao encontro da construção histórica do Estado de Direito, mas também a um posicionamento já adotado pelo próprio STF. “Isso significa que não se trata de um “simples retorno” à posição anteriormente consolidada pela Corte. Cuida-se de uma involução – vale dizer, um verdadeiro retrocesso – na tutela dos direitos fundamentais”.<sup>95</sup>

Torna-se claro, assim, para além das argumentações do voto do próprio e dos que acompanharam o ministro Celso de Mello, as incongruências defendidas e reafirmadas pelo julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP. O exemplo aqui

---

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki.

<sup>94</sup> MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?*

<sup>95</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Colunistas*, n. 86, 2016.

trabalhado deixa claro o excesso interpretativo, o ativismo com o qual o Supremo Tribunal Federal afronta a Constituição da República e o Estado Democrático de Direito. Mais uma vez, leciona Conrado Hübner Mendes “(...) as implicações de certas ênfases no papel messiânico do tribunal continuam a produzir uma cultura jurídica centrada nas cortes judiciais excessivamente apegada ao ‘Guardião da Constituição’. Tal distorção empobrece a experiência democrática”.<sup>96</sup>

O controle jurisdicional de constitucionalidade, importante instrumento de controle em uma democracia não autossuficiente,<sup>97</sup> como já desenvolvido, deveria caminhar no sentido de dar efetividade às normas constitucionais e de assegurar o processo democrático, principalmente no que concerne à concretização dos anseios populares. Entretanto, a postura dos Tribunais Superiores – e mais especificamente do STF – tem alterado o texto constitucional sob o preceito da “interpretação” das normas, expondo que a demonologia do poder também acomete esses Tribunais e evidencia a necessidade do seu controle.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já anteriormente desenvolvido, é sempre importante retornar historicamente às ideias do constitucionalismo e dos paradigmas do Estado de Direito, passando pelos principais pontos dos direitos fundamentais, não apenas para entender as origens do ordenamento juspolítico e filosófico que circundam grande parte da teoria democrática e constitucional atualmente, mas também para aprofundar o debate acerca do próprio homem enquanto sujeito de direito e do que se propõe o controle na realidade jurídica pós-revoluções burguesas.

Quer por meio dos exemplos objetivamente delimitados, quer pelas reflexões anteriormente propostas, torna-se difícil não afirmar que a democracia, o controle e o Estado de Direito se mostram complementares e necessários no mundo contemporâneo. A temática se constrói enquanto cerne do Direito Constitucional, não só por seus aspectos reguladores e legitimadores que conformam a realidade jurídica dos Estados, mas também em todas as múltiplas facetas nas quais se apresentam, direta ou indiretamente.

Só se pode entender a essência do movimento constitucionalista e sua importância fundamental enquanto um dos pilares do pensamento político-filosófico moderno se coloca em foco suas vertentes, feições, influências e ramificações. É por meio de encontros e desencontros desse movimento que é construído todo o arcabouço teórico para a democracia-constitucional e para uma teoria geral do controle constitucional.

---

<sup>96</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 39.

<sup>97</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p. 69.

Assim, com base no que foi desenvolvido e na multiplicidade de caminhos trilhados no presente artigo, torna-se clara a incompatibilidade da atuação excessiva do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange à legitimidade do mesmo para tomar decisões substanciais acerca da matéria constitucional. O controle é, de fato, necessário, não só pela insuficiência democrática já anteriormente abordada, mas também enquanto garantia de uma limitação do poder estatal e enquanto principal promotor de ideias e moldagens dialeticamente construídas de uma ordem político-jurídica que se pretende alcançar. O que não se pode admitir, tal como foi visto no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, é a alteração do próprio texto constitucional através de uma argumentação transvestida de interpretação.

Ultrapassar os limites constitucionais estabelecidos, retroceder em matéria de direitos fundamentais e desconsiderar o compromisso que a República Federativa do Brasil tem com o Estado Democrático de Direito traz, por si só, imensuráveis problemas para o ordenamento jurídico como um todo. Os danos causados à interseção entre direito e política tornam-se substancialmente prejudiciais.

Deve-se, então, buscar extrapolar essa polarização entre a falta e os excessos de poder e caminhar para um controle que de fato responda aos anseios dialeticamente produzidos pelos paradigmas do Estado de Direito. Um Judiciário que vá no mesmo sentido do constitucionalismo brasileiro e que procure efetivar sua jurisdição na resguarda dos princípios democráticos basilares. Assim, encontrar-se-á não só legitimidade na atuação do mesmo, mas também os reflexos de um controle libertador, garantístico e estruturante, tal como foi, ao longo da história, edificado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana Campos Horta de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia Bernardes; GUERRA, Athur Magno e Sila; RIBEIRO, Patrícia Henriques. *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: democracia e direitos fundamentais no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, Diogo Bacha e. *Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/\\_/#\\_ftn39](http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/_/#_ftn39)>. Acesso em: 08/03/2016.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. 205p. (Coleção Pensamento Político).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Celso de Mello. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 84.078*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 84.078*. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 08/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas corpus n. 126.292*. Voto do ministro Teori Zavascki. Brasília. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: 08/03/2016.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. 205p. (Coleção Pensamento político).

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2. Porto Alegre: L&PM, 1985.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Revista Colunistas*, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 08/03/2016.

HORTA, José Luiz Borges. *História do estado de direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

MALUSCHKE, Günther. Democracia representativa vs. democracia direta. *Pensar*, Fortaleza, p. 69-74, abr. 2007, edição especial.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, 2008. 267f. Tese – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?* Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 08/03/2016.

NAY, Oliver. *História das ideias políticas*. Petrópolis: Vozes, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatscky Editor, 1976.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 39, p. 245-266, 2001.

SALGADO, Karine. História do estado de direito. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, v. 71, n. 2, ano XXVIII, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em: 08/03/2016.

Data de recebimento: 30/05/2016

Data de aprovação: 03/10/2016

