

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA: DEBATES SOBRE DIREITO E POLÍTICA NA TEORIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION ON ADMINISTRATIVE ACTIVITY UNDER A HISTORICAL PERSPECTIVE: DEBATES ON LAW AND POLICY IN THE THEORY OF CONSTITUTIONAL LAW

Kristal Moreira Gouveia¹

RESUMO

O presente trabalho parte do panorama contemporâneo em que se discute o cabimento e a extensão do termo constitucionalismo como fundamento da ampla interpretação jurisdicional sobre os dispositivos constitucionais e os limites do horizonte hermenêutico cabível ao poder judiciário em sua aplicação à atividade administrativa. Tendo em vista as raízes históricas que remetem essa discussão a um debate anterior, sobre a relação entre direito e política, o presente trabalho buscou investigar os fundamentos teóricos sobre os quais alicerça-se essa questão, sob a perspectiva da teoria e história do direito. Para isso, fazendo uso da revisão bibliográfica, foi feito um apanhado sobre os argumentos à favor e contrários à ampla interpretação do conteúdo normativo constitucional pelo poder judiciário, tendo em vista a justificação sobre a natureza elástica dos princípios. Objetivando realizar esse percurso, o trabalho apresenta pressupostos teóricos sobre o uso do termo constitucionalismo, a importância da relativização histórico-crítica sobre o conteúdo objetivo do direito dogmático e em seguida, pautando-se em autores clássicos como Ronald Dworkin e Carl Schmitt, trabalha através do método dialético e abordagem dedutiva o desenho sobre alguns dos principais argumentos que delineiam os pontos relevantes da relação entre Direito e Política.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Política. Jurisdição constitucional. Atividade Administrativa. Carl Schmitt. Ronald Dworkin.

ABSTRACT

The present work goes from the contemporary panorama in which the appropriateness and extension of the term constitutionalism is discussed as the basis for the broad jurisdictional interpretation of constitutional provisions and the limits of the hermeneutic horizon applicable to the judiciary in its application to administrative activity. Bearing in mind the historical roots that refer this discussion to a previous debate, about the relationship between law and politics, this work sought to investigate the theoretical foundations on which this issue is based, from the perspective of the theory and history of law. For this, making use of the bibliographical review, an overview was made of the arguments in favor and against the broad interpretation of the constitutional normative content by the judiciary, in view of the justification on the elastic nature of the principles. Aiming to follow this path, the work presents theoretical assumptions about the use of the term constitutionalism, the importance of historical-critical relativization on the objective content of dogmatic law and then, based on classic authors such as Ronald Dworkin and Carl Schmitt, works through from the dialectical method and deductive approach to drawing on some of the main arguments that delineate the relevant points of the relationship between Law and Politics.

KEYWORDS: Law and Politics. Constitutional jurisdiction. Administrative Activity. Carl Schmitt. Ronald Dworkin.

*Artigo recebido em 19/03/2022 e aprovado em 10/06/2022

¹ Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela UniFAP. Professora universitária do curso de Direito da UniFAP. E-mail: kristalmoreiragouveia@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O termo "constitucionalismo" tem sido usado para referir-se a uma doutrina de primazia da Constituição em relação às demais espécies normativas presentes no ordenamento jurídico, criando um parâmetro que, baseado em valores fundamentais decididos no momento constituinte, representa o compromisso político firmado por aquela nação. Em adição, o termo é comumente utilizado para designar um sistema caracterizado pelo empenho do Poder Judiciário no papel de detentor da competência de análise de conformidade de atos normativos, administrativos e leis em relação ao conteúdo constitucional: o controle de constitucionalidade.

A relevância desse papel como garantia à democracia – posição que não é unânime na doutrina de direito público - é consequência da confluência de teorias constitucionais que tomaram relevo no século XX e influenciaram ativamente a organização estatal de muitos países após a transição para o Estado Constitucional, dentre as quais destacamos as influências do positivismo jurídico de Hans Kelsen e a teoria da ponderação dos princípios de Ronald Dworkin.

Enquanto Hans Kelsen é um autor popularmente conhecido pelo positivismo jurídico e sua teoria pura do direito, um dos pontos centrais da estrutura normativa por ele composta é a teorização de um sistema hierárquico no qual todas as normas infraconstitucionais estão à Constituição subordinadas, tratando-se a última de parâmetro de análise para sua validade. Segundo o autor austríaco em sua complexa teoria constitucional, seria a Corte Constitucional o órgão capaz e legítimo de realizar o controle de conformidade entre estas normas e a Constituição, enquadrando-se no conceito que muitos chamam de "Guardião da Constituição".

Esse sistema que foi amplamente adotado por boa parte dos países ocidentais, sobretudo quando da redação das novas Constituições no segundo pós-guerra, tratava de realizar uma proposta de separação de poderes que possibilitasse ao mesmo tempo a limitação das atribuições de cada poder, mas também mecanismos de freios e contrapesos, aperfeiçoando-se a teoria tripartida de Montesquieu. É nesse âmbito também que se colocou o controle de constitucionalidade.

A proposta do mecanismo é resguardar a primazia da Constituição, através de meios aptos de controle sobre a conformidade entre os demais atos da vida jurídica do Estado e o conteúdo constitucional, garantindo-se a preservação do lugar de primazia e fundamento normativo atribuído às constituições a partir do período da história contemporânea que alguns autores chamam de Estado Constitucional², que seria, segundo Maurizio Fioravanti (2018, p. 18, tradução nossa) o período que inicia-se com:

² Partimos aqui da classificação de Maurizio Fioravanti (2018), que em seu ensaio "Stato e costituzione" divide o Estado moderno europeu em três formas ao longo do tempo, sendo essas "Estado jurisdicional", "Estado de direitos" e "Estado

[...] a entrada em vigor das constituições democráticas, entre aquelas a italiana de 1948, tão vastas e profundas para legitimar a hipótese de afirmar-se bem debaixo de nossos olhos, uma ulterior forma de Estado, a esse ponto diversa do Estado de Direito, que vai assumindo a forma de Estado Constitucional (FIORAVANTI, 2018, p. 18, tradução nossa).

Os sistemas erigidos sobre essas bases suscitam algumas questões: Sendo o Poder Judiciário legitimado para a realização do controle, quais seriam os limites dessa atividade? Afinal, há de haver uma interpretação do conteúdo constitucional, assim como dos dispositivos infraconstitucionais, a guiar esta análise. Até mesmo porque não são apenas casos de clara contradição objetiva que fundamentam o controle de constitucionalidade, ao contrário: em muitos casos, as bases da análise se perfazem por contradições com valores fundamentais de conteúdo sujeito à atribuição do operador do direito. Nessa conjuntura, uma espécie de fonte normativa ganha bastante relevância: os princípios constitucionais.

Esses mandamentos nucleares irradiam toda a lógica com a qual se buscou permear o sistema normativo no momento constituinte. Estes, também conteúdo normativo constitucional, servem como parâmetro de controle de constitucionalidade e, tendo em vista seu conteúdo essencialmente incerto e indeterminado, estão sujeitos à interpretação por parte dos agentes desse controle, os membros do Poder Judiciário, legitimados para realização do controle de constitucionalidade.

O debate sobre a amplitude do âmbito de interpretação dos agentes do controle de constitucionalidade baseado em princípios, sobretudo em relação aos atos emanados pelos poderes legislativo e administrativo, têm fundado relevante parte dos debates sobre controle de constitucionalidade nos últimos anos.

Quando se fala no Poder Executivo e em especial na Administração Pública, a questão toma contornos específicos: ao referir-se ao poder político exercido pela Administração Pública, uma série de restrições e prerrogativas delinea o regime jurídico administrativo com objetivo de garantir o cumprimento do interesse público pela atividade administrativa. Dentre essas restrições estão os princípios administrativos e sobretudo a legalidade, que torna adstrita a atividade administrativa ao regramento legal antecedente, tratando-se a primeira de verdadeira execução dos ditames da segunda.

Para sua consecução, porém, é preciso que uma série de decisões sejam tomadas pelos agentes públicos - decisões que devem buscar a melhor forma de atingir a finalidade pública e cuja margem de escolha é proveniente dos próprios comandos legais, configurando-se manifestação do atributo da discricionariedade.

Sobre esses atos, porém, também incide o controle jurisdicional. Esse fato sobre o qual não reside grande polêmica na doutrina de direito público é uma consequência lógica do fato de que princípios

constitucional⁷. A última refere-se à forma política que domina a Europa à partir da segunda metade do século XX, marcada especialmente pelo advento das constituições sociais.

constitucionais são também limitadores da atividade pública, então não raro vemos decisões judiciais que anulam atos administrativos de caráter discricionário fundamentadas no reconhecimento do descumprimento de um princípio administrativo constitucional.

Através dessa última reflexão é possível notar que o debate sobre o controle de constitucionalidade fundado em princípios repercute fortemente sobre a atividade administrativa, trazendo à tona a discussão sobre os limites hermenêuticos aos quais devem ater-se os agentes do controle de constitucionalidade quando deparados com o exercício interpretativo de princípios - esses conceitos tão amplos. A discussão leva em conta também o quanto a imprecisão dos limites dessa atuação levaria a uma deturpação do esquema de separação tripartida dos poderes através de possíveis usurpações de competência.

O debate certamente não é novo e já foi enfrentado a partir de diversas abordagens no campo do direito público. O presente trabalho busca retomá-lo sob uma perspectiva específica, que é a teoria e história do direito constitucional. Em especial, busca enquadrar esta questão em uma discussão sempre relevante no campo do direito público: A relação entre direito e política na teoria do direito constitucional e suas consequências para a legitimação do Poder Judiciário como detentor do controle de constitucionalidade - isto é, aquele que faz a "Guarda da Constituição". Para enfrentar este debate, se problematizará a seguinte questão: "Como o debate teórico sobre a legitimidade da guarda da constituição (e sua interpretação) aplica-se à questão do controle de constitucionalidade de atos administrativos, à partir de uma perspectiva de história do direito?". Para isso, serão analisados alguns dos marcos teóricos que delineiam elementos essenciais para o presente debate, especialmente as visões de Jeremy Waldron sobre constitucionalismo, Ronald Dworkin sobre a Teoria da ponderação dos Princípios e o debate histórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a legitimidade do Poder Judiciário em realizar a análise de conformidade em relação ao conteúdo constitucional.

A partir da conexão entre essas discussões será possível analisar como o debate teórico da história do direito pode contribuir com a análise do tema sob uma perspectiva que dialoga fundamentalmente os elementos do "direito" e da "política" enquanto chaves de leitura para o fenômeno do controle de constitucionalidade sobre a atividade administrativa.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICO-CRÍTICA SOBRE A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO

2.1 Constitucionalismo: uma noção geral

De forma geral, o termo “constitucionalismo” vem empregado comumente como designação de uma ampla e genérica ideia de supremacia constitucional como fundamento de uma ordem jurídico-estatal. Essa premissa, que parte da compreensão da Constituição como documento fundamental representante de um compromisso político de consequências normativas para toda a estrutura normativa de um Estado, é uma ideia “moderna”, no sentido de que decorre da configuração colocada após o estabelecimento do Estado Constitucional (FIORAVANTI, 2018).

As Constituições como centros de valores não só políticos, mas também fundamentalmente jurídicos e essencialmente normativos são uma construção pós-liberal cuja origem remete à transição entre o esgotamento do Estado Liberal e o advento da democracia de massas, ou democracia constitucional (COSTA, 2011). Essa digressão, cujo aprofundamento não se faz pertinente em sede deste trabalho, mas certamente já foi amplamente trabalhada na história do direito (HESPANHA, 2005; COSTA, 2011; GROSSI, 2007), remonta à conclusão de que, em termos de teoria constitucional, a Constituição como a conhecemos hoje nasce como evento histórico pós-moderno (GROSSI, 2021) em um momento histórico no qual há a transição que levou ao surgimento do Estado social de Direito.

A Constituição trabalhada nesses termos, como *evento* próprio do século XX e de cunho intrinsecamente social é o que dá início a nossa análise. Essas Constituições são, segundo Paolo Grossi, dotadas de “uma mensagem genuinamente pluralista, seja do ponto de vista social, seja do jurídico.” (GROSSI 2021, p. 5) Sua contribuição para a forma de conceber o papel do Estado deu-se de um ponto de vista formal e material. Ao passo que tornou-se fundamento das ordens estatais, designou ao Estado papel de atuação pró-sociedade de acordo com limites pela Carta estabelecidos. Do ponto de vista histórico, a mudança é revolucionária (GROSSI, 2021) levando também à soberania constitucional. Conforme coloca Anderson Teixeira (2014, p. 406):

A maior contribuição para a Teoria Constitucional do séc. XX feita pelo próprio Estado social de direito parece ser a redefinição da função da constituição dentro de um Estado de direito: de documento mais político do que propriamente jurídico, passa a ser então, em especial com as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, documento jurídico dotado de normatividade como qualquer outra lei, mas com a prerrogativa de ser a lei maior de um sistema jurídico. Com isso, supera-se a supremacia da lei e chegamos à soberania da constituição (TEIXEIRA, 2014, p. 406).

É a redefinição de Constituição nesses termos que a apresenta como grande novidade do século XX. Embora as primeiras constituições consideradas sociais remontem ao período pré-Segunda Guerra mundial (TEIXEIRA, 2014), notadamente as Constituições de México (1917), Alemanha (Weimar, 1919), Rússia (1919), Áustria (1920), Brasil (1934) e URSS (1936). É com a reconstrução pós 1945 que as novas Constituições passam a adotar outra prioridade em seus conteúdos: A adoção de um núcleo ético de

caráter democrático, buscando entre outros objetivos, refutar a repetição de fenômenos autoritários como aqueles do nazisocialismo e fascismo italiano.

São essas Constituições Pós-segunda guerra que apresentam em seu bojo uma dupla caracterização hodiernamente associada ao constitucionalismo: A noção de supremacia constitucional e sua associação a um conteúdo eminentemente democrático são, conforme FIORAVANTI (2014, p. 49, tradução nossa), “a grande novidade do século XX (...) pois ao seu interior se afirma a democracia constitucional, como um tipo histórico de democracia essencialmente novo.”

A partir daí começa a delinear-se com traços contemporâneos o que hoje se entende por constitucionalismo. Ao passo que esse fenômeno estabelece uma forma de organização estatal fundada na supremacia da Constituição como documento fundamental representando o compromisso político e o critério normativo, também a coloca na posição de núcleo material limitante do poder político, voltada para – formal e substancialmente – garantir um equilíbrio no exercício do poder que impeça a repetição de fenômenos antidemocráticos.

Esse segundo ponto é essencial para entender que o Constitucionalismo nasce através de um impulso de *contenção* do poder governamental e seu papel, através da Constituição, é estabelecer formas de exercício de poder que garantam sua democratização e impeçam a absolutização por uma única força política, o que fatalmente levaria à supressão dos direitos fundamentais. Isso traz à tona uma terceira característica associada ao Constitucionalismo: seu papel na proteção dos direitos e garantias fundamentais, cuja guarda está intimamente ligada às estruturas que limitam o poder estatal e o condicionam à satisfação dos interesses da sociedade, seja através de formas restritivas de condutas lesivas, seja através de mecanismos regulatórios de atividades particulares ou ainda promotoras de comodidades sociais – esse último elemento intimamente ligado à perspectiva do Estado Social.

É na toada desses objetivos que o sentido constitucionalismo está intimamente ligado à uma estrutura organizacional pautada na limitação do poder e justificação do Direito. Conforme coloca Eneida Desiree Salgado (2018, p. 198):

A noção de constitucionalismo implica que toda a produção, aplicação e justificação do direito, bem como o atuar dos agentes públicos, ocorram em consonância com a forma constitucionalmente determinada e com seu conteúdo substancial. O constitucionalismo também traz consigo a intenção de racionalizar o poder e de domesticar a força, fazendo com que a sociedade saiba, antecipadamente, de que maneira e até onde podem atuar os agentes públicos e os particulares. (SALGADO, 2018, p. 198)

A associação do constitucionalismo a uma forma de limitação do poder é uma ideia base que fundamenta a força normativa da Constituição nos sistemas normativos atuais. É ela que justifica o importante e central papel que esse compromisso político assume no campo jurídico e seu revestimento enquanto critério de validade para todo o ordenamento jurídico subsequente. Seu intuito, mais do que

criar um sistema lógico escalonado de normas jurídica, reveste-se do conteúdo *democrático*, pois a própria ideia de constitucionalismo é comumente associada ao objetivo de preservação da democracia através da repressão de possíveis rompantes absolutistas de poder por parte dos representantes do Estado.

Em que pese tratar-se aqui de uma noção que é harmonicamente compartilhada por boa parte da doutrina de direito público contemporânea, é necessário salientar que a relação entre constitucionalismo e democracia não se trata de uma questão simples, uniforme ou fechada na teoria do direito e da política.

2.2 Crítica ao constitucionalismo como fundamento da Jurisdição Constitucional: análise do constitucionalismo como fenômeno histórico-político

Um contraponto relevante à ideia de um conteúdo uniforme e geral de constitucionalismo pelo autor Jeremy Waldron, cujos ensaios *Constitutionalism: A skeptical view* (2016) e *Law and Disagreement* (2004) servirão de fundamento para o presente subtópico. Neles, o autor alerta para o risco de banalização do termo “constitucionalismo” diante um caleidoscópio tão extenso – e por vezes até ambíguo – de significados a este atribuídos. Segundo o autor, uma ideia geral é celebrada pelo constitucionalismo de diferentes países e sistemas jurídicos: a de contenção do poder do governo, isto é, “a mesma coisa abstrata: formas de estrutura política que constringem o poder do governo” (WALDRON, 2016, p. 25, tradução nossa).

No entanto, esse não seria um uso absoluto ou uma decorrência lógica do constitucionalismo, uma vez que, se considerada como a doutrina que define a constituição como forma de ordenamento das instituições do governo, até mesmo uma ditadura pode vir a ter uma constituição como fundamento, não podendo-se deduzir que, necessariamente, um sistema pautado no constitucionalismo resulta em restrição e limitação dos poderes. Ambos os termos, à propósito, elencam outro mito que o autor aponta em relação ao constitucionalismo: a presunção de que essa é uma forma de, necessariamente, garantir governos democráticos. A garantia da democracia, que, conforme Waldron (2004), certamente é um problema central no momento constituinte, faz surgir a pergunta sobre os mecanismos institucionais aptos a garantir, ao longo do tempo, a permanência de um espírito democrático. Conforme o autor coloca:

Quando um constitucionalista pensa em democracia, seu primeiro pensamento é: Como podemos evitar que ela degenera-se em tirania da maioria? Quais mecanismos estão disponíveis, quais ações podem ser tomadas, para restringir excessos tirânicos aos quais democracias estão endemicamente sujeitas? (WALDRON, 2016, p. 36, tradução nossa).

Embora sem dúvida esse seja um problema central enfrentado pelo constitucionalismo, não é seguro afirmar que a posição de supremacia da Constituição necessariamente leva à instituição de um governo democrático. Até mesmo, porque, conforme o autor coloca, “em sistemas de governo antidemocráticos, geralmente é tarefa da constituição formalizar a daqueles a quem, por assim dizer, o poder vem naturalmente ou que, por acaso, foram historicamente investidos de poder sobre uma determinada sociedade” (WALDRON, 2016, p. 36, tradução nossa).

A relação entre democracia e constitucionalismo apresenta contornos ainda mais incertos se colocada sob o ponto de vista da legitimidade. Um pressuposto *democrático* é a soberania popular, que logicamente seria garantida pelo momento constituinte, uma vez que a ordem constitucional funda-se a partir dos compromissos realizados por uma Assembleia representativa popular que decide as bases sobre as quais aquele governo e ordem jurídica irão erguer-se e operar.

No entanto, o problema colocado por Jeremy Waldron é que essa legitimação popular encontra limites claros: o tempo e o conteúdo. O tempo, pois o momento constituinte encerra-se em si (WALDRON, 2004), porém mais conteúdo de natureza constitucional está passível de ser criado posteriormente. É a mesma problemática colocada por Larry Alexander quando diz que “constitucionalismo represente o poder de maiorias pretéritas sobre maiorias presentes e futuras.” (ALEXANDER, 2003, p. 37).

Essa distância criaria um problema de legitimidade (WALDRON, 2016; WALDRON, 2004, TUSHNET, 1999) pois novo conteúdo constitucional será criado ao longo do tempo após o momento constituinte, mas não necessariamente como fruto de um processo pautado em representação popular e política, como é o caso de uma assembleia constituinte em um governo democrático.

O segundo ponto é a amplitude propositalmente ampla da Constituição em várias matérias. Disposições constitucionais muitas vezes são vagas e indefinidas deixando questões a serem definidas por quem detiver a competência para aplicá-las. Um grande exemplo disso são os princípios constitucionais cujo conteúdo e aplicação dependerão de um momento hermenêutico posterior – aquele empunhado pelo intérprete constitucional.

Todas essas questões elaboram novos elementos que fazem parte do esquema do constitucionalismo e confluem para as seguintes questões: Quem e em quem medida faz será o responsável pela guarda da Constituição? Quem realiza o controle de conformidade entre a vida jurídica de uma nação e os dispositivos constitucionais que nasceram no momento constituinte? Esse controle – operação verdadeiramente interpretativa – está sujeito a quais limites hermenêuticos e a quais valores materiais?

Essas problematizações expõem o fato de que o constitucionalismo não apresenta-se como um esquema de contornos tão claros e uniformes como superficialmente pode parecer. Ao contrário, é um sistema que abarca diferentes inclinações e modelos de distribuição de competências sendo, sem dúvida, entre elas a mais central a competência de realizar o controle de constitucionalidade.

Sendo assim, em um espectro de divisão de poderes, quem será o responsável por ser Guardião da Constituição? Isto é, quem seria a capaz instituição a qual afidar-se a tarefa de interpretação do conteúdo constitucional e conseqüentemente análise sobre a conformidade dos demais atos da vida do Estado em relação a este.

Modernamente, um posicionamento prevaleceu no debate: o de que este é o Poder Judiciário, em especial através de uma Corte Constitucional, o legitimado a realizar tal função. Esse posicionamento foi capitaneado por Hans Kelsen em sua célebre obra *Jurisdição Constitucional*, na qual fundamenta os pressupostos do sistema organizativo que ele mesmo ajudou a construir com sua rica contribuição à Constituição austríaca em 1920 e sua previsão sobre o tribunal constitucional (LAGI, 2021). Esse modelo que, unindo-se à influência dos pressupostos de sua teoria pura do direito e do positivismo jurídico como um todo repercutiu fortemente em vários países, influenciou o sistema brasileiro, sendo este o modelo adotado, incluindo a atribuição do Poder Judiciário como agente do controle de constitucionalidade, o que chega a ser associado por uma parte da doutrina publicista como uma característica do próprio constitucionalismo como fenômeno.

Buscamos apresentar, porém, que essa escolha não é um elemento logicamente deduzível da ideia de supremacia constitucional. Ao contrário, a escolha do Judiciário como *guardião da constituição* é um modelo derivante de escolhas políticas e uma construção histórica fundamentada em um campo teórico fortemente influenciado pelos fundamentos de Hans Kelsen e que encontrou fortes opositores no curso da história constitucional. A seguir, o presente trabalho demonstrará sob a perspectiva histórica como se deu a disputa teórica pela atribuição do papel de guardião da constituição, enfocando-se principalmente a posição de Hans Kelsen em *Jurisdição Constitucional* e alguns dos argumentos contrários de seus principais opositores, a exemplo Carl Schmitt na célebre obra *O Guardião da Constituição*.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O DEBATE HISTÓRICO ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

3.1 A importância da perspectiva histórica: A Jurisdição Constitucional e a disputa teórica entre Direito e Política

Ao escrever a introdução à edição brasileira de Jurisdição Constitucional de Hans Kelsen, Sérgio Sérulo ao referir-se à escolha da Corte Constitucional como detentora do monopólio do controle de constitucionalidade no caso austríaco - do qual foi ator principal - Kelsen a seguinte frase: "É a história, não a lógica, que explica as instituições" (CUNHA, 2003, p. XVIII).

Há qualquer coisa de essencial nessa frase que explica o ceticismo necessário que a história do direito traz à reflexão teórica jurídica: o estado das coisas não é fruto de uma evolução (GROSSI, 2007; COSTA, 2012; HESPANHA, 2005) ou tampouco de uma lógica racional linear; é o resultado de processos históricos, sociais, políticos e econômicos que confluíram em resultados concretos. A teoria acompanha e justifica, mas o fenômeno é sobretudo um fenômeno de vida (GROSSI, 2021).

É um hábito dogmático encarar o presente de uma dada ordem jurídica como um padrão óbvio de aplicabilidade. Pensar que as estruturas institucionais que formam e arranjam-se em complexas teias de relações jurídicas são resultado de uma espécie de processo evolutivo - a forma certa de ser - do Direito, a mais apta à garantia dos objetivos da sociedade. Esses últimos, por si só, conceitos tão ambivalentes.

A história do direito desmente essa ilusão. Olhar a estrutura jurídica na qual um Estado está – sublinhe-se *está* e nunca *é* - naquele momento plasmado é observar o ponto em meio a uma linha (GROSSI, 2005) que segue adiante sem um caráter propriamente evolutivo, é ver um momento tão efêmero quanto concreto em meio ao devir histórico do Direito, que representa o resultado da consolidação de forças.

Essas reflexões tem como intuito aproximar o passado do presente. É tema muito discutido nos últimos tempos a jurisdição constitucional. Debates sobre os limites da atuação de uma Suprema Corte - órgão judiciário - em relação aos outros poderes revestiram-se de particular popularidade diante de uma realidade nacional extremamente bipolarizada e institucionalmente fragilizada do contexto brasileiro, no qual o Supremo Tribunal Federal têm se consagrado uma espécie de celebridade jurídica nos últimos anos auto imbuído do poder de “empurrar a história na direção certa” (BARROSO, 2018).

No campo teórico, o reflexo desse fato - um fato de poder - acordou um debate que nunca verdadeiramente esteve adormecido: O debate sobre o Direito, a Política e o Poder. Um debate tão antigo quanto a sociedade, quanto a noção de que em relação a esta deve-se estabelecer normas artificialmente criadas por um representante, legítimo a impor um regramento coercitivo aos membros do corpo social como intuito de garantir ordem - outro conceito revestido de tantos e diversos conteúdos ao longo do tempo.

O motivo de ser do debate então é o motivo de ser do debate agora: Como tecer os laços que relacionam a sociedade, o Direito e a política? Tendo em vista que a política é a prática da construção da

orientação do Estado e que este último exerce um papel de gestor da vida da sociedade através da imposição do Direito, é possível separar estas instâncias, em que medida, e sem comprometer a realidade e concretude (ZAGREBELSKY, 1998) dessas disciplinas.

Esse é o debate que fundamenta a disputa sobre a guarda da Constituição e que, embora tenha ocorrido em vários contextos diferentes no Estado Constitucional pós-moderno, será analisado no presente trabalho em um momento específico do espectro teórico constitucional, talvez o mais relevante no que tange às raízes que hoje sendimentam muitos dos argumentos que circundam e fundamentam o modelo adotado no caso brasileiro: o positivismo jurídico de Hans Kelsen (1881-1973), em especial sua obra *A Jurisdição Constitucional* (1928), cuja proposta de atribuição do controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário foi fundamental para o estabelecimento desse modelo em outros países. Em oposição, serão apresentados alguns dos argumentos críticos empenhados por um de seus principais opositores, Carl Schmitt (1888-1985), que em sua obra *O Guardiã da Constituição* (1931) apresenta um panorama crítico em relação à construção kelseniana hoje amplamente adotada em modelos organizativos ocidentais.

3.2 O debate histórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt: Jurisdição constitucional na equação entre Direito e Política

Quando se fala sobre jurisdição constitucional e sistemas fortemente baseados em controle judicial, o modelo estadunidense aparece como forte referência. De fato, a experiência histórica da Corte Suprema Americana no caso *Marbury versus Madison* é utilizada por constitucionalistas de todo o mundo como fundamento de uma necessária associação entre controle judicial e soberania popular. Conforme coloca Jeremy Waldron (2016, p. 40, tradução nossa):

A Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury Vs Madus* partiu da premissa de que “o povo tem o direito original de estabelecer para seu futuro governo os princípios que, em sua opinião, conduzam a sua própria felicidade” e argumentou que o poder judicial para derrubar legislação inconstitucional era necessário para dar efeito à “vontade original e suprema” do povo” (WALDRON, 2016, p. 40, tradução nossa)

É esse mesmo caso que dá o pontapé inicial de uma das discussões mais emblemáticas de posicionamentos contra e a favor da ampla jurisdição constitucional: o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Embora trata-se de um debate teórico que busca estabelecer um esquema geral e abstrato, é necessário explicitar quais são as experiências concretas que fundamentaram o debate.

Em que pese a relevância do caso norte-americano na difusão da ideia de controle jurisdicional amplo e estímulo ao ativismo judicial, é detendo-se sobre o caso alemão que uma boa parte da construção

teórica do debate é feita. Isso porque Hans Kelsen, enquanto teórico da Constituição austríaca e membro ativo de sua Corte Constitucional, deteve relevante esforço teórico de sua obra *Jurisdição Constitucional* em defender sua proposta de que seria o Poder Judiciário apto a realizar esse controle em *contraponto* com seu contemporâneo alemão, Carl Schmitt.

A referida decisão nos Estados Unidos, responsável por iniciar uma tradição de amplo controle de constitucionalidade judicial por aquele país, refletiu no mundo inteiro influenciando, em parte, a adoção por outros países a sistemas de amplo exame judicial. Reconhecendo esse fenômeno, Carl Schmitt, em seu livro, analisa o caso alemão de Weimar e em especial a decisão de 04 de novembro de 1925, responsável por autorizar o exame de leis ordinárias do Reich em relação à Constituição do Reich. Diante desse evento, Schmitt defende que a ideia de que essa decisão traria efeitos similares aos da decisão *Marbury versus Madison* é falsa. Segundo o autor, era preciso evitar essa comparação e impedir “transferências irrefletidas e mitificações” (SCHMITT, 2007, 22).

Schmitt defende que não se pode transferir o caso dos EUA às condições de um Estado continental europeu, pois no país norte-americano trata-se de um Estado Judicial anglo saxão sem direito administrativo, o que não seria o caso dos países europeus em debate. O direito de exame judicial ao qual ocorre o tribunal do Reich na decisão de 04 de novembro de 1925, segundo o autor tem uma importância e significado modesta em relação às decisões dos tribunais norte-americanos - e limites muito estreitos (SCHMITT, 2007). É a partir desse evento histórico - a decisão de 04 de novembro de 1925 na República de Weimar, que segue à decisão de *Marbury versus Madison* em 1803, que surge o pontapé inicial do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

É importante notar que Carl Schmitt não repudiava o exame judicial, ele era a favor de um exame judicial neutro e defendia que outro órgão do poder seria responsável por ser, de fato, o "Guardião da Constituição" que seria o Presidente do Reich, concebido segundo o autor alemão como um poder neutro, imune às pressões partidárias ou à falta de representatividade que da qual padecia o Poder Judiciário. Para o autor, no caso alemão o exame judicial “tem uma importância muito modesta em comparação com o direito de exame de um tribunal norte-americano” (SCHMITT, 2007, p. 23).

O pressuposto do qual parte o autor é de que todo o conceito de direito é fundamentalmente político. A tentativa de separar direito e política encabeçada sobretudo pelo positivismo jurídico era um erro grosseiro de realismo e concretude, conforme o autor alemão. Isso porque a questão da constituição era, ao contrário, fundamentalmente política, para o autor alemão. Conforme explica Lorenzetto, “para Schmitt, não se trataria de uma questão de caráter teórico, mas político, a de se estabelecer até que ponto a missão de fixar de modo autêntico o conteúdo de preceitos imprecisos e indeterminados que estejam incorporados à Constituição.” (LORENZETTO, 2009, p. 1931).

Schmitt não é contra o exame de revisão constitucional, mas ele é a favor de um exame de constitucional menos abrangente, mais reduzido e "neutro" que seria realizado pelo Reich. O reconhecimento de um Tribunal Constitucional por outro lado, transferiria poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito (MENDES, 2007).

Em oposição a essas ideias, contemporaneamente Hans Kelsen, tanto em sua obra teórica como em sua ativa participação no Tribunal Constitucional austríaco, o qual integrou desde sua criação em 1920 a 1930, concebia e desenvolvia a ideia de que “a constituição não só previa a regulação da formação das demais normas como também materialmente do seu conteúdo de tal forma que devia o Parlamento dar a devida e cuidadosa consideração para esses mesmos princípios em seu trabalho legislativo” (PEREIRA, 2013, p. 138).

Em que pese o debate central entre Kelsen e Schmitt desenvolver-se notadamente em torno da discussão sobre a função jurisdicional de Guardião da Constituição, existem elementos de natureza de categoria jurídica que opõem-se na visão dos dois autores fundados essencialmente na dualidade entre direito e política e explicam alguns dos motivos fundamentais de sua divergência principal.

Kelsen percebe nas diversas provisões – leis, normas constitucionais, decretos, atos administrativos, decisões – uma diferença não qualitativa mas sim quantitativa em relação à categoria “criação do direito”. Para o autor, existe uma distribuição hierárquica que determina critérios de regularidade de cada uma dessas espécies normativas em relação àquela hierarquicamente superior, mas todas em certa medida apresentação concomitantemente enquanto criação e aplicação do direito, fazendo parte do mesmo “processo”. De acordo com o autor, as próprias funções que correspondem aos *poderes* são todos produtores do mesmo processo de criação de direito. Para Kelsen, “legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito” (KELSEN, 2003, p. 125).

Em sua concepção, “cada grau da ordem jurídica constitui ao mesmo tempo uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior” (KELSEN, 2003, p. 126). É nos atos resultantes desse processo que atuará o controle de constitucionalidade, no caso a ser exercido pela Corte Constitucional.

Esse pressuposto fundamental de ordem sistemática é integralmente antagonizado pela teoria Schmittiana, que classifica claramente as decisões judiciais como atos de aplicação do direito criado pelo Poder legislativo cuja legitimidade é conferida à partir de seu caráter representativo. Daí considerar rígidos os limites de interpretação por parte do Poder Judiciário, uma vez que leva-se em consideração possuir este uma função limitada de *aplicação* própria de sua natureza.

De igual forma divergem os autores quanto à prevalência do termo “função política”. Enquanto Schmitt parte do pressuposto de que há uma contradição essencial entre as funções jurisdicionais e políticas, e que a decisão sobre a constitucionalidade de leis seria ato político (SCHMITT, 2007), Kelsen opõe-se com a afirmação de que tendo em consideração tratar-se a política de um exercício de poder, este é inerente à todas as fases da aplicação (e criação do direito) não limitando-se à atividade típica do legislativo e podendo ser perfeitamente visualizada nos demais atos decisórios – a ver, dos Tribunais (KELSEN, 2003).

Essas diferenças fundamentais explicam porque na visão de Kelsen não há nenhum prejuízo à divisão constitucional de poderes o exercício do controle de constitucionalidade – e a “Guarda da Constituição” – por meio do Tribunal Constitucional, que considera o agente mais juridicamente neutro para o exercício de tal função. Segundo o autor austríaco, há entre legislação, execução e aplicação uma hierarquia entre diferentes formas de aplicação e criação do direito que integram o mesmo processo criativo do Direito. Sendo, portanto, a aplicação e consequente aferição de constitucionalidade não propriamente uma ação judiciária, mas em certa medida, de natureza *legisladora*.

Quando enfrenta-se diretamente a questão da Jurisdição Constituição, emerge a divergência central entre os autores, que é sobre quem será o legítimo “guardião da constituição”. Segundo Lorenzetto (2009, p. 1925), em poucas linhas se sintetiza o debate entre os juristas:

Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo). O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, em sua leitura de grande intensidade crítica (ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época) e pautada pela imanência de um lado e, um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX. (LORENZETTO, 2009, p. 1925)

Trata-se da legitimidade do Presidente do Reich, defendido por Schmitt como guardião da Constituição – em promover a função *neutra* de análise da constitucionalidade das leis, o que seria para o autor alemão possível em virtude de sua função de coordenação, neutra e em certa medida imparcial em relação às forças políticas que operavam no âmbito partidário-parlamentar (LORENZETTO, 2009).

Para Kelsen, isso é uma “ficção de notável audácia” (KELSEN, 2003, p. 242). Não obstante o autor não negue a legitimidade da análise sobre os limites da atuação jurisdicional do Tribunal Constitucional, rejeita completamente a atribuição do Presidente do Reich como Guardião da Constituição, uma vez que tratando-se de órgão de Governo, a referida neutralidade seria absolutamente impossível e até mesmo uma retórica para enfraquecer a Constituição perante um novo “monarca”, o que seria a seu ver um resgate do movimento próprio de teorias que se desenvolveram no âmbito das

monarquias constitucionais tencionando fortalecer o monarca diante dos limites constitucionais ora impostos. O jurista austríaco questiona:

Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de constitucionalidade? A objeção de que se trata de uma intolerável contradição seria totalmente descabida, pois seria aplicar a categoria do conhecimento científico (ciência jurídica ou teoria do Estado) àquilo que só pode ser entendido como ideologia política. (KELSEN, 2003, p. 242).

Aqui demonstra-se a fundamental diferença entre os autores: Para Kelsen, a posição de Presidente do Reich, política, não poderia confundir-se com a detenção da aplicação da ciência jurídica. Já em Schmitt, conforme observamos, política e direito fazem parte de um mesmo sistema de aplicação da constituição enquanto decisão política e por isso mesmo jurídica. São diferenças teóricas fundamentais que criam e aperfeiçoam o famoso impasse da fundamentação do Direito.

Para arrematar, Hans Kelsen defende que, embora não admite claramente, Carl Schmitt baseia sua teoria sobre o poder neutro do Presidente do Reich nas ideias de Benjamin Constant, autor que desenvolveu sua teoria do *pouvoir neutre* no âmbito da monarquia constitucional, sendo um exemplo claro do tipo de movimento teórico enfraquecedor dos limites constitucionais em benefício do monarca (KELSEN, 2003, p. 244).

Já Schmitt, por outro lado, defende a crítica reversa, apoiando-se na legitimidade conferida pela representação popular da eleição plebiscitária do Presidente do Reich para sua função e afastando a atribuição de um Tribunal Judicial de realizar a criação de normas constitucionais – criação através da decisão interpretativa em medida ampla, o que não seria agressivo à ordem jurídica segundo Kelsen, já que o mesmo defendida o caráter criativo e aplicador do direito em todas as esferas de atos – por considerar que a criação de normas de caráter constitucional por parte do Tribunal seria uma usurpação da atividade do Poder Legislativo, único legitimamente instituído por representação popular para esta função – Claro, além do Presidente do Reich (SCHMITT, 2007, p. 193).

Ambos os autores apresentam argumentos válidos de crítica ao Guardião Constitucional escolhido por cada um, respectivamente. Enquanto a crítica de Kelsen a uma suposta neutralidade do Presidente do Reich funda-se na presunção fictícia a de que um representante popular não subordinado político-partidariamente apresentaria uma função *neutra*, de coordenação, isento dos riscos de tornar-se um soberano absoluto; por outro lado a crítica de Schmitt sobre a usurpação de poder legislativo feita pelo poder judiciário pauta-se na impossibilidade em reconhecer em nossa ordem jurídica natureza similar a atos que provém de instâncias constituídas de forma completamente divergente – Enquanto o Poder Constituinte o Poder Legislativo possuem o caráter representativo, o Poder Judiciário não.

4 APLICAÇÃO DO DEBATE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE ATOS ADMINISTRATIVOS FUNDADA EM PRINCÍPIOS

Com isso buscamos delinear como a discussão sobre a legitimidade do poder judiciário para realizar amplo controle de constitucionalidade funda-se historicamente em uma fundamental questão teórica: a relação entre direito e política. Essa questão, longe de limitar-se ao novecentista debate caloroso entre formalistas e antiformalistas, reveste-se de atualidade e relevância quando trazido à baila no atual contexto brasileiro, em especial quando analisados os limites materiais desse controle em relação à atuação do Poder Executivo.

Hodiernamente o debate se alargou passando a compor os limites desse exercício interpretativo em termos materiais. O que antes poderia ser interpretado apenas como uma análise de conformidade plenamente legal, hoje abrange uma maior capacidade hermenêutica e conseqüentemente, flexibilidade criativa de análises, sobretudo através da amplitude interpretativa em relação aos princípios.

Sem dúvidas uma das inovações constitucionais do novo Estado Constitucional foi o papel normativo atribuído aos princípios, que longe de serem apenas meros conceitos programáticos, passaram a criar limites e barreiras para atuação legal e administrativa, sobretudo os princípios cravados no texto constitucional. No campo administrativo isso é uma realidade claríssima, e os famosos princípios expressos constitucionais do art. 37 formam boa parte da fundamentação de decisões judiciais sobre controle de constitucionalidade no direito contemporâneo.

É visível, porém, que uma questão se põe: Dada a imprecisão natural dos princípios, até que ponto a capacidade interpretativa do Poder Judiciário pode dispôr criativamente sobre seu conteúdo? Com quais parâmetros isso pode acontecer?

A resposta contemporânea é bastante aberta: o neoconstitucionalismo e a superação de algumas teses do positivismo jurídico têm aberto espaço para um campo de imprecisão amplo no tocante à amplitude de interpretação por parte do Judiciário, em especial no campo administrativo. Segundo Cristóvam (2017, p. 220):

A consolidação da qualidade normativa dos princípios jurídicos reveste-se de considerável relevância, sobretudo no contexto de uma teoria da ponderação de interesses, com a construção de uma nova hermenêutica constitucional, vivificada pelo raciocínio tópico-retórico e pela aplicação da proporcionalidade. No modelo pós-positivista de discurso jurídico, a teoria da ponderação de princípios (e interesses) passou a assumir uma posição de alargada proeminência, povoando quase que por completo o debate jurídico, com destaque para o cenário judicial (CRISTÓVAM, 2017, p. 220).

A tese que tem sustentado teoricamente essa notavelmente forte tendência teórica é, entre outras, o ponderacionismo, isto é, a teoria de Ronald Dworkin, responsável por defender um poder de até mesmo criação com base nos possíveis significados advindos da interpretação dos princípios e em sua teoria da leitura moral. Ronald Dworkin (1931-2013) em sua obra *O Direito da liberdade* (2013) articula uma defesa da legitimidade judicial da Suprema Corte - e dos tribunais judiciais como um todo - em exercer um papel "criativo" enquanto intérprete do direito sobre as bases do que ele chama de método da leitura moral do Direito. Para o Dworkin (2006, p. 2), "a leitura moral propõe que todos nós - juízes, advogados e cidadãos - interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça".

Essa proposição que permeia a trajetória de reflexões de Dworkin localiza a moralidade política como âmago do direito constitucional, não obstante o caráter intrinsecamente incerto e controverso que assume diante da multiplicidade de interpretações a qual está sujeita. Para o autor, a leitura moral está concretamente inserida no processo de aplicação do direito, o que não significa a atribuição de um poder absoluto de imposição das convicções dos juízes às interpretações que realizam sobre o conteúdo constitucional; mas sim, que essa atividade é em si uma práxis jurídica natural, devido ao fato de que os operadores do direito partem do pressuposto de que "a Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos" (DWORKIN, 2006, p. 4). A questão, para Dworkin, é que esse é um pressuposto, a única alternativa da qual os operadores do direito. Fugir disso seria apenas retórica, pois realisticamente, seria impossível.

A ampla proposta de limites materiais é responsável por criar um período de verdadeira "principiorragia" (CRISTÓVAM, 2017, p. 224) no qual as bases substanciais de análise se alargaram a ponto de atribuir ao Poder Judiciário, na "defesa" da constituição, a capacidade de criar novo direito e reformar através de um processo não representativo cujas críticas já vieram fortemente delineadas pelo posicionamento de Jeremy Waldron, conteúdo de natureza constitucional para além do controle popular.

Tal situação de insegurança substancial sobre o conteúdo constitucional que pode vir a ser produzido conforme interpretações cada vez mais permissivamente subjetivas cria um fenômeno de instabilidade institucional com pouca garantia sobre os fundamentos das decisões judiciais, que, colocadas em um espectro tão amplo de subjetivismo, se veem sujeitas até mesmo às mais humanas e pessoais motivações, como pressões sociais ou discursos de ódio.

Em tal conjuntura, se faz necessário um resgate aos fundamentos normativos constitucionais para que possamos reencontrar limites - cada vez mais indefinidos nos últimos anos, ao passo que as transgressões constitucionais são reiteradamente legitimadas socialmente através de fenômenos que já foram denominados como "metapositivismo" (GABARDO, 2017), populismo (SALGADO, 2018) ou decisionismo (CRISTÓVAM, 2019). Mas de forma geral referem-se ao mesmo movimento: a adoção de

critérios subjetivistas como fundamentação para decisões sob o manto da "interpretação de princípios", que fornece limites tão amplos que passam a romper com a juridicidade e aproximam-se da pessoalidade.

5 CONCLUSÃO

Através da presente pesquisa, buscou-se percorrer os fundamentos do debate teórico sobre a amplitude de controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário sob uma perspectiva histórica, explorando as teorias que fundamentaram os pontos opostos nessa famosa divergência: a interpretação sobre a relação entre direito e política. Para isso foi necessário apresentar a problematização do termo constitucionalismo fazendo-se uso da teoria de Jeremy Waldron e delineou-se as questões de cunho conceitual-teórico que permeiam o uso – hodiernamente tão popular – do termo, demonstrando que trata-se de um fenômeno historicamente construído e buscou-se, ainda, demonstrar a importância do olhar da história do direito sobre essa discussão, que limitada à mitologias jurídicas (GROSSI, 2007) fica, se resta apenas no campo da dogmática.

A seguir, foram apresentados os pontos principais que permearam o referido debate, em especial levando em conta a divergência entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, cada um sendo um forte representante de correntes opostas: a favor e contra a defesa da legitimação do Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição. Os argumentos dos juristas foram fundamentais para entender que na base dessa discussão – superficialmente de cunho formal – está uma questão mais complexa e teórica: a relação entre direito e política.

A seguir trouxemos o debate para a atualidade, em especial para uma perspectiva específica: o exercício da jurisdição constitucional de forma ampla, fundada hodiernamente principalmente na tese da ponderação e leitura moral de Ronald Dworkin, responsável por fundamentar e autorizar interpretações amplas de princípios, entre outros, no campo do direito administrativo. Demonstrou-se, então, que esse movimento teórico é responsável por desestabilizar as bases normativas que compõem o conteúdo material das decisões, possibilitando um forte subjetivismo por parte dos agentes do poder judiciário e colocando em insegurança jurídica o que se entende como direito.

Por fim, defende-se que esse processo causa uma erosão nos limites normativo-constitucionais das fundamentações das decisões judiciais – que no caso brasileiro, em que a Constituição Federal de 1988 trouxe um rol tão amplo de direitos e garantias fundamentais - deveriam ser aquele núcleo ético-constitucional que orbita na garantia de direitos fundamentais e justiça social escolhido democraticamente pela decisão constituinte. Quando esse processo é ignorado e ampliado ao excesso, se preenche a atividade judicial de significados axiológicos outros, inseguros, antijurídicos, como clamores populares, fundamentalismos religiosos, opinião pública, senso comum e reprodução de estigmas e preconceitos

sociais e culturais - os mesmos preconceitos e estigmas que a decisão constituinte de 1988 equipou-se para combater e que hoje são usados para usurpar o próprio conteúdo constitucional, afastando cada vez mais o direito de uma ciência.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDER, L. Constitutional Rules, Constitutional Standards, and Constitutional Settlement: Marbury v. Madison and the Case for Judicial Supremacy In: **Constitutional Commentary**, 20, 2003. 369p.

BARROSO, L. R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2117-2228, 2018.

COSTA, P. **Soberania, representação, democracia**: ensaios da história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CRISTÓVAM, J. S. S. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo judicial: limita-me ou te devoro! **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 75, p. 219-242, abr. 2017.

CRISTÓVAM, J. S. S. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 03, p. 993-1023, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0993_1023.pdf. Acesso em: 12 jun. 2021.

CUNHA, S. S. Introdução à edição brasileira. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. **Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIORAVANTI, M. Costantino Mortati: uno Stato di “tipo nuovo”. In: LANCHESTER, Fulco (ed.). **La sapienza del giovane Leopoldo Elia 1948-1962**. Roma: Università La Sapienza, 2014.

FIORAVANTI, M. Stato e costituzione. In: **Lo Stato moderno in Europa**: Istituzioni e diritto. Maurizio Fioravanti (org). Bari: Gius. Laterza & Figli. 2018.

GABARDO, E. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, pp. 65-91, out./dez. 2017.

GROSSI, P. Da interpretação como invenção: a redescoberta pósmoderna do papel inventivo da interpretação. Tradução de Kristal Moreira Gouveia. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. jan-abr2021, Vol. 13 Issue 1, p02-10. 9p. Disponível em: <<https://doi.org/10.4013/rechtd.2021.131.01>> Acesso em <22/06/2021>.

GROSSI, P. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GROSSI, P. O Ponto e a Linha: História do Direito e Direito Positivo na formação do Jurista do nosso tempo. **Revista Seqüência**, nº 51, p. 31-45, dez. 2005.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica européia**; síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LAGI, S. Hans Kelsen e a corte constitucional austríaca (1918 – 1929). In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba**, v. 26, n. 1, p. 258-277, jan./abr. 2021. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i12185.

LORENZETTO, B. M. O Debate Entre Kelsen e Schmitt Sobre O Guardião Da Constituição. In. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo: Conselho Nacional de Pesquisa em Direito. 2009.

MENDES, G. Prefácio. In: SCHMITT, Carl. **Guardião da constituição**. Coleção Del Rey Internacional. Vol. 9. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, D. N. A Criação da Jurisdição Constitucional na Áustria e sua Recepção na República Weimar: Apontamentos Epistemológicos e Históricos. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

SALGADO, E. D. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

SCHMITT, C. **Guardião da constituição**. Coleção Del Rey Internacional. Vol. 9. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEIXEIRA, A. V. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014. Doi: 10.14210/nej.v19n2.p 400-429

TUSHNET, M. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, J. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 2016, pp. 23-44.

ZAGREBELSKY, G. Premessa. In: MORTATI, Costantino. **La costituzione in senso materiale**. Milano: Giuffrè Editore, 1998.