

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA I**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

HORÁCIO MONTESCHIO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara, Horácio Monteschio – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-030-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I reúne textos elaborados, submetidos e posteriormente aprovados por professores que integram o banco de avaliadores do CONPEDI. Todos os textos foram selecionados a partir de um processo de avaliação cega por pares, o que garante a seriedade do mecanismo de análise das contribuições acadêmicas. Os textos selecionados abordam temas os mais diversos dentro da temática Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Em todos eles observamos a criatividade e empenho dos pesquisadores no sentido de abordarem de forma criativa, racional e crítica as temáticas objeto de suas investigações, a exemplo dos impactos da constituição sobre a administração; globalização e constituição; comissões parlamentares de inquérito; proteção das diferenças pelo Supremo Tribunal Federal; estado de coisas inconstitucional; precedentes; direitos humanos e direitos fundamentais; reforma da constituição e constitucionalismo na América Latina.

Artigo elaborado por Lílian Cazorla do Espírito Santo Nunes , Pedro Ferreira Gama , Yan Bernardo de Almeida Andrade, cujo título é DO PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AOS EMBATES COM OS PODERES POLÍTICOS, destaca a presença de um acirramento de tensões políticas entre o Executivo, Legislativo e o Judiciário. Com o crescente destaque institucional da Corte Constitucional e os olhares da sociedade cada vez mais voltados aos seus julgamentos e decisões, o STF tem sido alvo das investidas da política a fim de conter seu protagonismo. O artigo tem por objetivo analisar, a partir da trajetória de valorização das Cortes Constitucionais, os frequentes embates políticos observados no Brasil entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com foco nos recentes atritos entre o Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

Artigo elaborado por Carolline Leal Ribas, Renata Apolinário de Castro Lima, Roberto Apolinário de Castro cujo título é ESTADO EM EXCEÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA O ESTADO DE DEFESA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS BRASILEIRA E ARGENTINA o texto destaca a exploração estado de exceção, sua previsão constitucional, e realiza uma comparação entre as experiências do Brasil e da Argentina, no intuito de demonstrar sua potencial função como instrumento de reafirmação da democracia. O estado de exceção é uma medida emergencial que permite aos

governos suspender temporariamente certas normas legais e adotar ações extraordinárias durante crises que ameaçam a ordem pública e a segurança nacional.

Artigo elaborado por Raphael Salgado Cardoso Silva , Claudia Michelly Sales De Paiva Tonacio , Elda Coelho De Azevedo Bussinguer o qual possui o título INICIATIVA POPULAR E DEMOCRACIA: UM CAMINHO PROMISSOR OU UM OBSTÁCULO INSTRANSPONÍVEL? No texto há uma proposta de realizar uma análise crítica e detalhada do instituto da iniciativa popular na formulação de projetos de lei no Brasil, contemplando seu contexto histórico, características essenciais e as normativas que o regem conforme o ordenamento jurídico vigente e a doutrina constitucional prevalente. Este exame tem como foco central investigar se a prática da iniciativa popular foi suplantada pelas modernas ferramentas digitais de engajamento cívico, em particular, a modalidade das "ideias legislativas" implementadas no âmbito do Senado Federal.

Artigo elaborado por Anna Carollina de Oliveira Abreu Melo , Salomão Saraiva de Moraes , Roberto Carvalho Veloso cujo título JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E EFEITO BACKLASH NO PÓS-POSITIVISTA. O texto propõe investigar o pós-positivismo no contexto da jurisdição constitucional brasileira atual. A pesquisa aborda a evolução do constitucionalismo, destacando a transição do positivismo para o pós-positivismo. Examina também os fenômenos relacionados, como o ativismo judicial e o ativismo congressional, com foco no efeito backlash. Ainda, busca fornecer uma visão crítica e abrangente sobre como a jurisdição constitucional brasileira se adapta às novas demandas e interpretações jurídicas. Ao integrar a revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial com uma abordagem qualitativa, o artigo oferece uma contribuição significativa para o entendimento das dinâmicas contemporâneas do direito constitucional no Brasil e os desafios associados ao pós-positivismo.

Artigo elaborado por André Marques Braga , José Cléber de Araújo Moreira , Marco Tulio Frutuoso Xavier cujo título é LEGITIMIDADE E PRÁTICA DO PODER: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, qual aborda uma visão sobre o desafio da legitimidade das constituições no pós-guerra, com foco específico na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). O problema central é a discrepância entre a teoria e a prática do poder emana do povo, muitas vezes idealizado e mal compreendido. Se investiga se o poder realmente emana e é exercido pelo povo, conforme estipulado pela CRFB/1988, e se há, na prática, uma apropriação genuína desse poder.

Artigo elaborado por Bernardo Leandro Carvalho Costa, Leonel Severo Rocha , Bianca Neves de Oliveira cujo título é a LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E MEDIDAS ESTRUTURANTES: UMA PERSPECTIVA INTERSISTÊMICA DE TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE, o texto retrata a falta de efetividade da proteção ambiental no Brasil em relação às mudanças climáticas, a presente pesquisa em como objetivos demonstrar as possibilidades de acesso ao poder judiciário para a tutela do meio ambiente em matéria de mudanças climáticas. Ao final demonstra-se como a litigância climática, calcada no processo coletivo e no âmbito das medidas estruturantes, é um relevante instrumento de tutela ao meio ambiente em matéria de mudanças climáticas, servindo como um parâmetro de atuação, a partir dos casos apresentados.

Artigo elaborado por Daniele de Oliveira Pinto , Carolina Fabiane De Souza Araújo , Eyder Caio Cal, cujo título é NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL, o qual investiga o direito à educação e sua relevância para o neoconstitucionalismo, enfatizando que a qualidade educacional do povo é condição indispensável para haver desenvolvimento da nação. A compreensão da educação ambiental parte da reciprocidade entre o estudo do neoconstitucionalismo e dos direitos humanos. Este trabalho desenvolve a relação interdependente entre o neoconstitucionalismo, os direitos humanos e a educação ambiental, analisa a importância destes conceitos até os impactos socioeconômicos e culturais observados na sociedade brasileira em tempos atuais.

Artigo elaborado por Bruno Schuch Leão, cujo título é O ART. 113 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS E AS CRÍTICAS À SUA EXTENSÃO SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO DOS ENTES SUBNACIONAIS, O art. 113 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) foi trazido pela Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 15 de dezembro de 2016, conhecida como Teto de Gastos e enuncia que: “A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”. A EC nº 95/2016 incorporou ao ordenamento jurídico o Novo Regime Fiscal, visando a promover um ajuste fiscal na União, tendo por foco o controle das despesas obrigatórias da União, dentro de um ciclo de 20 anos.

Artigo elaborado por Janete Ricken Lopes De Barros , Gabriela Dourado Campello de Mello, cujo título é O ATIVISMO JUDICIAL E O PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO, o qual analisa o modelo constitucional brasileiro leva à ampla atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, gerando críticas de diversos atores da sociedade ao argumento de violação à separação de poderes e, portanto, de ativismo judicial. Conclui-se, então, que, na via da proceduralização, que apenas se abre a partir da

identificação da indecidibilidade por métodos tradicionais, também devem ser estruturadas condições gerais e específicas mínimas a serem observadas, a fim de se evitar o ativismo judicial, que conduz à degeneração da ordem jurídica e, por consequência, da democracia.

Artigo elaborado por Pedro Rocha Passos Filho, cujo título é O HOMICÍDIO EUGÊNICO DE CRIANÇAS NA CULTURA INDÍGENA SOB A PERSPECTIVA TRANSCONSTITUCIONALISTA, o qual analisa o fenômeno do infanticídio indígena dentro da cultura nativa brasileira, utilizando o paradigma do transconstitucionalismo para discutir os conflitos entre as práticas culturais tradicionais e o ordenamento jurídico estatal e internacional. O estudo aborda as diferenças entre as culturas tradicionais e a ocidentalização dos direitos humanos, e como essas diferenças influenciam a aceitação e o respeito às tradições indígenas.

Artigo elaborado por Maria Fernanda Pereira Rosa , Livia Maria Ribeiro Gonçalves , Welliton Aparecido Nazário cujo título é: O IMPACTO DO POPULISMO NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL - UMA ANÁLISE DOS EFEITOS NA SEPARAÇÃO DOS PODERES, o qual faz uma análise ao populismo, com sua ênfase em líderes carismáticos e tendências autoritárias, representa uma ameaça significativa à estrutura constitucional, particularmente à separação dos poderes. Este fenômeno tem potencial para desestabilizar o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, comprometendo as bases democráticas que garantem a autonomia e a independência dessas instituições.

Artigo elaborado por João Gaspar Rodrigues, Andre Epifanio Martins, cujo título é O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS “MEDIDAS NECESSÁRIAS” PARA ASSEGURAR OS DIREITOS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO, o qual busca reunir reflexões sobre a faculdade constitucional atribuída ao Ministério Público de promover as medidas necessárias para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, conforme estabelecido no artigo 129, II, da Constituição Federal. Tradicionalmente, o Ministério Público limitava-se a atuar conforme normas processuais e construções jurisprudenciais, sem explorar plenamente meios próprios ou inovadores. Este estudo visa investigar a cláusula executiva aberta "medidas necessárias" do artigo 129, II, para entender sua aplicação, alcance, sentido e impacto na efetividade das ações do Ministério Público.

Artigo elaborado por Livia Larissa Batista E Silva , Tatiane Pinheiro de Sousa Alves cujo título é OS 20 ANOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PAPEL DA JUSTIÇA. O trabalho analisa os 20 anos da

Emenda Constitucional 45/2004 e suas contribuições para a mitigação da deslegitimação do Judiciário brasileiro. Por meio de uma revisão bibliográfica abrangente (período de 2004 a 2024), o estudo explora os principais desafios enfrentados pelo Poder Judiciário Brasileiro após duas décadas de reformas estruturais, focando na importância das iniciativas de transparência na construção e manutenção da confiança pública.

Artigo elaborado por José Sérgio Saraiva , Polyana Marques da Silva cujo título é: OS EFEITOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DAS INCONSTITUCIONALIDADES LEGISLATIVAS POR OMISSÃO, o qual ressaltar que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe estimáveis mudanças para o contexto político e jurídico do país, como o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito e a supremacia do documento constitucional. Deste modo, os fenômenos da “judicialização” e do “ativismo judicial” confundem-se entre si, pois possuem premissas semelhantes, mas apenas o segundo é resultado de inconstitucionalidade por omissão, visto que o judiciário toma a iniciativa de regular os direitos carentes de norma.

Artigo elaborado por Graziela Fernanda Ferreira Guedes , Dorinethe dos Santos Bentes , Fabio Cardoso Batista, cujo título é: POVOS INDÍGENAS: INCLUSÃO DIGITAL E DEMOCRACIA, o qual resalta a diversidade cultural no espaço digital requer a inclusão das comunidades indígenas que o utilizam, inclusive, como instrumento de resistência sociocultural, na busca pela dignidade e reconhecimento de direitos. A presente pesquisa busca analisar como as limitações na inclusão digital influenciam na efetivação de direitos constitucionais, na garantia de participação social e até mesmo do processo democrático por parte de comunidades indígenas.

Artigo elaborado por Sérgio Felipe de Melo Silva, Felipe Costa Camarão, Roberta Silva dos Reis, cujo título é: PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO REMÉDIO PARA O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL, o qual aborda o princípio da segurança jurídica em um contexto de separação de poderes, considerando o fenômeno conhecido como "constitucionalismo abusivo judicial". O estudo busca responder à seguinte questão-problema: o princípio da segurança jurídica tem a capacidade de impedir o avanço do constitucionalismo abusivo judicial? O resultado da análise indica que o princípio da segurança jurídica desempenha um papel crucial na limitação desse tipo de constitucionalismo. Isso ocorre porque ele impede a atuação subjetiva e irracional por parte de juízes e tribunais, garantindo, dessa forma, a conformidade com o texto constitucional.

Artigo elaborado por Antonio Henriques Lemos Leite Filho, Walter Gustavo da Silva Lemos, cujo título é: TEOLOGIA CONSTITUCIONAL: UMA FORMA DE ESTUDO OU UMA

FORMA DE TORNAR ABSOLUTO UM AXIOMA? O trabalho analisa o conceito de teologia constitucional, bem como as suas conexões com as ideias de religião civil, teologia política, tudo para poder compreender tal expressão e o seu uso, já que em grande parte das vezes a expressão é utilizada como argumento de autoridade, como forma de conclusão de um raciocínio ou de uma afirmação de um determinado axioma. Assim, busca-se compreender a acepção de teologia constitucional e a sua funcionalidade para a interpretação da Constituição. Assim, é necessário compreender tais acepções sobre a interpretação da Constituição e a possível formação de um axioma.

Artigo elaborado por Ana Angélica Bezerra Cavalcanti , Mateus Ferreira de Almeida Lima, Yanna Maria Lima Leal de Alencar Pedroza cujo título é: TRANSCONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS E INTERSEÇÕES ENTRE DIFERENTES ORDENS JURÍDICAS, o qual aborda o tema do transconstitucionalismo, uma vertente contemporânea do pensamento jurídico que se concentra nas relações interjurisdicionais e no diálogo entre diferentes ordens jurídicas. Este estudo se insere no contexto mais amplo do Direito Constitucional e Internacional, buscando compreender as implicações e complexidades inerentes à interação entre sistemas jurídicos soberanos, cujo objetivo consiste em analisar as principais teorias e conceitos relacionados ao transconstitucionalismo, bem como identificar as diferentes abordagens adotadas por estudiosos nessa área.

Artigo elaborado por Ovídio Macedo Oliveira , Fernanda Da Silva Borges cujo título é: TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INÉRCIA LEGISLATIVA E FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. O presente trabalho investigou o problema da inércia legislativa frente à efetivação das normas constitucionais presente no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a história política do país. O objetivo central da pesquisa foi desenvolver um estudo analisando a falta de leis regulamentadoras de normas constitucionais que exigem ação posterior do poder legislativo, buscando entender os motivos jurídicos, históricos e políticos que resultam na omissão legislativa, especialmente voltada aos direitos sociais.

Todos os artigos suscitam debates e contribuem para o avanço das discussões a partir das investigações realizadas, mantendo vivo o processo de compreensão dos institutos jurídicos não somente vigentes no Brasil como também em organismo internacionais cujas decisões impactam na dinâmica da sociedade brasileira.

Por tudo isso, recomendamos a leitura dos artigos que integram esta coletânea.

Boa leitura.

Caio Augusto Souza Lara - ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Horácio Monteschio - UNIPAR - UNIVERSIDADE PARANAENSE

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E EFEITO BACKLASH NO PÓS-POSITIVISTA.

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: DIALOGUE BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND BACKLASH EFFECT IN POST-POSITIVIST THINKING.

Anna Carolina de Oliveira Abreu Melo ¹

Salomão Saraiva de Moraes ²

Roberto Carvalho Veloso ³

Resumo

Este artigo científico propõe investigar o pós-positivismo no contexto da jurisdição constitucional brasileira atual. A pesquisa aborda a evolução do constitucionalismo, destacando a transição do positivismo para o pós-positivismo. Examina também os fenômenos relacionados, como o ativismo judicial e o ativismo congressional, com foco no efeito backlash. Para atingir esses objetivos, o estudo emprega uma metodologia qualitativa, fundamentada em revisão bibliográfica. A revisão bibliográfica abrange uma análise detalhada da doutrina, legislação e jurisprudência nacional e estrangeira. O artigo explora como essas dimensões contribuem para a compreensão da mudança paradigmática do positivismo para o pós-positivismo e como isso influencia a prática da jurisdição constitucional no Brasil. A metodologia qualitativa permite uma análise profunda dos textos e teorias relevantes, possibilitando um diálogo mais amplo sobre as implicações do ativismo judicial e congressional. O estudo também considera o impacto do efeito backlash, que pode ser observado na resposta institucional e legislativa aos fenômenos de ativismo. A pesquisa busca fornecer uma visão crítica e abrangente sobre como a jurisdição constitucional brasileira se adapta às novas demandas e interpretações jurídicas. Ao integrar a revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial com uma abordagem qualitativa, o artigo oferece uma contribuição significativa para o entendimento das dinâmicas contemporâneas do direito constitucional no Brasil e os desafios associados ao pós-positivismo.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Constitucionalismo, Pós-positivismo, Ativismo judicial, Blacklash

¹ Assessora Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Mestranda em Direitos e Instituições de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão.

² Advogado. Professor Universitário. Mestrando em Direitos e Instituições de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão.

³ Desembargador Federal do TRF1. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão.

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific article proposes to investigate post-positivism in the context of current Brazilian constitutional jurisdiction. The research addresses the evolution of constitutionalism, highlighting the transition from positivism to post-positivism. It also examines related phenomena, such as judicial activism and congressional activism, with a focus on the backlash effect. To achieve these objectives, the study employs a qualitative methodology, based on a literature review. The bibliographic review covers a detailed analysis of national and foreign doctrine, legislation and jurisprudence. The article explores how these dimensions contribute to understanding the paradigmatic shift from positivism to post-positivism and how this influences the practice of constitutional jurisdiction in Brazil. The qualitative methodology allows for an in-depth analysis of relevant texts and theories, enabling a broader dialogue about the implications of judicial and congressional activism. The study also considers the impact of the backlash effect, which can be observed in the institutional and legislative response to activism phenomena. The research seeks to provide a critical and comprehensive view of how Brazilian constitutional jurisdiction adapts to new legal demands and interpretations. By integrating doctrinal, legislative and jurisprudential review with a qualitative approach, the article offers a significant contribution to the understanding of the contemporary dynamics of constitutional law in Brazil and the challenges associated with post-positivism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Constitutionalism, Post-positivism, Judicial activism, Backlash

INTRODUÇÃO

Jurisdição constitucional é um tema sempre em voga, ainda mais diante da nova onda constitucional em que propõe maior protagonismo ao judiciário diante do fenômeno da judicialização da arena política ao lado do expansionismo de decisões afirmativas de direitos fundamentais diante do criativismo judicial, levando a necessidade de uma investigação quanto as bases conceituais do constitucionalismo, nas suas faces histórica e técnica.

De tal perspectiva, emerge um diálogo necessário entre o próprio constitucionalismo e o ativismo congressional, este encampado pelo efeito *backlash* como resposta refratária às vocações pretorianas das cortes constitucionais de deslocarem para si o protagonismo da implementação das políticas públicas e a consagração de direitos humanos fundamentais ao contexto contramajoritário, representativo e iluminista de suas funções constitucionais.

Como resultado, pondo dúvida da existência de tensões, indaga-se: é possível estabelecer um diálogo entre o fenômeno do constitucionalismo com o efeito *backlash* contextualizado no ativismo congressional no cenário brasileiro?

Parte-se da hipótese de que, ante o fenômeno do constitucionalismo moderno ter suas balizas em dois processos revolucionários liberais bem claros, de um lado o constitucionalismo norte-americano fundado na supremacia da constituição e do outro o constitucionalismo francês defensor da supremacia do parlamento, ambos movimentos foram absorvidos como diferentes níveis de aderência entre as diferentes nações, de modo em que sua leitura não pode ser rígida e descompromissada ao reconhecimento de tendências e inclinações que foram se moldando a cada colmatação pelo exercente do poder constituinte ao definir o sentido, a profundidade e o alcance da decisão política fundamental.

Assim, organiza-se topograficamente o presente artigo em quatro capítulos, com a “Introdução”, onde o primeiro capítulo, examinará os referidos institutos de forma conceitual e histórica, visando alcançar extratos permanentes e tendência do constitucionalismo vigente; seguindo-se ao segundo capítulo, onde será abordado o modelo adotado de constitucionalismo pátrio, com o advento da redemocratização brasileira, de modo a encontrar e conhecer os institutos do ativismo judicial e o ativismo congressional visando estabelecer um norte satisfatório para solução ao problema proposto na investigação.

A metodologia empregada é a da revisão bibliográfica, em especial destaque a doutrina, jurisprudência e legislativa, abordando documentos nacionais e estrangeiros, de modo em que se vale do emprego do método qualitativo.

1 Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo

1.1 Constitucionalismos *Lato Sensu* e *Stricto Sensu*

Nicolau Maquiavel (1469-1527) uma vez escreveu: “*A primeira opinião que formamos de um príncipe e da sua inteligência estriba-se na qualidade dos homens que o circundam.*”, nessa passagem, quando lida pelo imperador Napoleão Bonaparte (1769-1821) assim se manifestou: “*Que teriam pensado de mim se houvesse tomado para ministros e conselheiros vários amigos notórios...*”; essas duas passagens são demasiadamente correlacionadas, pois envolve a relação em que o governante estabelece com o poder (Maquiavel, 2020, p. 135).

O poder desenfreado vem demonstrando lado perverso sobre as vidas de muitas pessoas, ocasião em que se idealizou a constituição desde priscas eras, a começar pelos gregos, no século V a.C. através do *graphē paranomōn* (“ajuste de contas”) estabeleciam um mínimo de controle sob o poder, de modo em que era possível se verificar se uma lei era contrária aos reclames da assembleia popular, tomando como ponto de equilíbrio o direito ancestral (Bulos, 2014).

Certo que, o controle do poder exige um corpo de normas ditas como Constituição, de modo em que Karl Loewenstein (1891-1973) a identifica não em um mero documento legal, mas numa ordem de valores que exaurem ideias e aspirações da sociedade, de tal modo em que constitucionalismo pode ser encarado como um fenômeno histórico (Loewenstein, 1979).

Assim, o sentido que se atribui a constitucionalismo moderno, inspirado originariamente nos eventos liberais e particulares ingleses do séc. XVII, onde se reconheceu a supremacia do parlamento, ao lado do fortalecimento da relação entre legalidade e Estado de Direito, não despertou a necessidade de distanciar lei fundamental e lei segundo um critério hierárquico, na medida em que o espírito emergente do parlamento inglês fortalecia o modelo de constituição material, não escrita e histórica (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1998).

Para tanto, as revoluções liberais do século XVII como a Revolução Gloriosa (1688-1689), ao reconhecerem a supremacia do parlamento, fundada em constituições históricas e não escritas, munidas da observância de documentos percussores, a destacar a *Magna Charta Libertatum* de 1215, bem como o *Bill of Rights*, de 1689 colaboraram enormemente na onda constitucional que viria ao século seguinte; contudo, é atribuído estes marcos ao movimento constitucional condigno ao *Common Law*, onde guarda significado em reunir valores constitucionais em documentos, leis, decisões, cultura erigindo o que se entende de constituição material responsivo ao conjunto de normas constitucionais estruturantes do Estado (Bulos, 2014).

Mas, no século seguinte precisou-se sofrer tal perspectiva uma revisão apta aos modelos do *Civil Law*, de modo em que nos debates iluministas americanos e franceses do século XVIII convergiam em reconhecer uma constituição formal, escrita e dogmática, consolidando um pacto

social-democrático, passando a serem encaradas como baluartes do pensamento liberal, ganhando voz a constituição codificada, tomando a ação como principal pacto político-jurídico-social responsivo na declaração de direitos e pela distribuição de poderes de modo em que esteja sob a guarda em um documento, submetendo o príncipe ou o ente estatal na qualidade de servo pretoriano dos valores constitucionais (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1998).

Ao constitucionalismo *lato sensu* conhece do fenômeno constitucional em sua ordem histórica dos eventos, de modo em que todo Estado possui sua constituição, pouco importa se o regime político seja ou não democrático, não necessariamente exigindo que haja um documento escrito como estrato de todo o processo de regência do Estado, basta está encrustada a autoridade de um governante convivendo com um conjunto de normas estabelecendo a sua autoridade, seja em proveito exclusivo do soberano príncipe ou atribuindo significado a parlamento ou conselho de anciãos (Bulos, 2014).

Essa percepção de constitucionalismo histórico acaba por estabelecer ligação com a ideia de constituição real e efetiva defendida por Ferdinand de Lassalle (1825-1864), onde todas as Nações do mundo possuem constituição, tornando como impraticável mensurar uma organização estatal sem os pilares constitucionais (Lassalle, 2005).

Por outro lado, o constitucionalismo *stricto sensu*, dito técnico ou moderno, envolve-se num pontual contexto histórico ocidental em defesa de uma Constituição escrita, próprio ao contexto dos movimentos revolucionários liberais do século XVIII, onde, culminaram com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e a Constituição da França de 1791 (Bulos, 2014).

Anota-se que, inobstante a onda constitucionalista histórica atribuída a fase do constitucionalismo técnico ter início nos Estados Unidos e desaguando sequentemente na França, não significa que as Constituições de 1787 e 1791 expressavam as mesmas bases ontológicas dos seus processos de afirmação (Barroso, 2017).

Diante do já idealizado por Alexander Hamilton (1757-1804) no *Federalist Papers* e mais especificamente após o julgamento *Marbury v. Madison* (1803), o constitucionalismo norte-americano refletido na Constituição de 1787 permitiu a identificação da dimensão jurídica da constituição, cujo grande princípio fomentador é a supremacia da constituição, tendo a *Supreme Court* o poder em declarar a inconstitucionalidade de uma norma, afastando lei inconstitucional por incompatibilidade com a *U.S. Constitution*, exercendo, pois, função contramajoritária (Barroso, 2017).

Já a Constituição de 1791, fruto do constitucionalismo francês, inaugura a percepção essencialmente política de constituição, expandindo-a em toda a Europa ocidental, onde

creditava na supremacia do parlamento, pois os revolucionários franceses encaravam o judiciário com desconfiança, taxando-os contrários ao movimento revolucionário de 1789, diante de sua histórica ligação com o *L'Ancien Régime* (Barroso, 2017).

Constitucionalismo técnico dialoga com um modelo de constituição rígida, logo escrita e dotada de supremacia formal, aceitando certas variações de flexibilidade (semirrígida ou semiflexível), cuja superioridade da lei fundamental rivaliza a lei, posto fenômeno estabilizador do ordenamento jurídico, podendo-a ser encarda sob a óptica formal de unidade de maior hierarquia de normas, onde leciona o jurista paraibano e natural de Patos, Paulo Bonavides (1925-2020) encarando-o como “*constitucionalismo burguês da sociedade de classes, que foi a sociedade da época do liberalismo*” (Bonavides, 2001, p. 29).

Entrementes, o constitucionalismo burguês (Bonavides, 2001) desperta o ideal da separação dos poderes, praticamente como prova material de sua existência, de modo em que a temática da organização e distribuição do poder político instruem exame coligados diretamente ao conhecimento do texto constitucional (Loewenstein, 1979).

Para Loewenstein (1979) há uma especial importância no estudo do constitucionalismo trazido pela experiência republicana norte-americana; trata-se de uma antiga e mais importante ex-colônia da Grã-Bretanha, que almejava sob o seu espírito iluminista a emancipação para posição de Nação, o que culminou na Revolução estadunidense de 1776, cujo país teve sua independência reconhecida pelos britânicos em 1783 após sangrentos cinco anos, o que por si só exigiu novos esforços diplomáticos para a preservação do *status quo ante bellum*, e.g. a Guerra Anglo-Americana de 1812 (*War of 1812*, entre 1812-1815) e a Guerra Civil (1861-1865), que culminaram em criar ambiente fértil para erguer a maior potência democrática do mundo (Karnal, 2007).

Diante da complexidade da história norte-americana, importa aqui destacar que a revolução provocada pelos colonos ingleses se deu com o propósito de erguer um baluarte autêntico de democracia, jamais visto no mundo, sob a forma de governo presidencialista que passa a assumir relações diplomáticas, não de submissão, ao julgo britânico, ao ideal de um governo civil com suas leis, organização estatal, corpo militar, que em muito deveu de iluministas ingleses e francêses (Karnal, 2007).

Cite-se o pensamento iluminista do inglês John Locke (1632-1704), onde na obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil (1689/90), em seu capítulo IV “Da Escravidão”, arguiu que: “22. *A liberdade natural do homem deve estar livre de qualquer poder superior na terra e não depender da vontade ou da autoridade legislativa do homem, desconhecendo outra regra além da lei da natureza.*” (Locke, 1994, p. 95).

Locke, pai do liberalismo político, reconhecia da existência de uma autoridade governamental apta a operar em aderência com a lei, cujo poder exercido refletiria mérito, onde líderes chegavam ao poder pelo consentimento e vontade de seu povo, contestando seu rival Robert Filmer (1588-1653) e seus adeptos, por defenderem que “*Todo governo é uma monarquia absoluta*” e “*Nenhum homem nasce livre*” (Locke, 1994, p. 52-53).

Esse constitucionalismo inaugurado pelos norte-americanos colabora na associação indivisa entre constituição escrita e divisão do poder, de sorte que “*o Constitucionalismo representa o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder*” (Bobbio; Matteucci; Pasquino, 1998, p. 248).

Todavia, as expressões mundo afora do constitucionalismo moderno não se convergiram em plena ressonância ao modelo primevo estadunidense, havendo certas modulações e recepções, e.g a Carta Imperial de 1824, 1ª constituição no Brasil, cujo texto consagrou o modelo de monarquia constitucional, hereditário e representativo (artigo 3º), ratificando o poder centralizado nas mãos do imperador, ao passo em que prevê direitos civis e políticos (artigo 173 e ss) e, no contexto da separação dos poderes (“Poderes Políticos”) de um modo diferente ao idealizado por Montesquieu, pois inclui no texto constitucional um quarto poder, o Poder Moderador como forma de aumentar, ainda mais o controle do imperador (artigo 9º) (Bulos, 2014) (Mendes; Branco, 2020).

A Carta Imperial de 1824 fora inspirada, em parte, com a Constituição francesa de 1791, posto indiscutível presença de ideais iluministas e, por outro lado, do constitucionalismo inglês, na medida em que é apresentada o sentido de Constituição apenas a parte condizente aos poderes do Estado legislativo, executivo, judiciário e moderador – e aos direitos e garantias individuais.

Foi somente por meio da Constituição Republicana de 1891 em que constitucionalismo brasileiro passa a uma experiência própria do constitucionalismo norte-americano, de modo em que o país se denominou de República dos Estados Unidos do Brasil, adotando o modelo presidencialista (artigo 41), mantendo-se nas constituições seguintes (Bulos, 2014).

Não ousamos ignorar que, através do feito do jurista soteropolitano Ruy Barbosa (1849-1923) ao contributo da tinta e da pena em boa parte da redação da Constituição Republicana de 1891, cuja mente prodigiosa absorveu a cultura jurídica anglo-saxônica, tanto a inglesa como a norte-americana, dominando-as em seus ideais liberais, colmatando no texto constitucional dicção prodigiosa para consolidar o presidencialismo brasileiro para futuras gerações (Silva, 2014).

1.2 – Neoconstitucionalismo ou Pós-Positivismo?

As balizas do constitucionalismo não foram suficientes a mitigar olhar simbólico à constituição pelos juristas dos séculos XVIII e XIX, o que refletiu de certa maneira diálogo com a teoria da cidadania republicana, onde em Carl Schmitt (1888-1985), citado Canotilho, compreendia que os deveres fundamentais seriam contrários aos ideais do Estado Liberal, o que, de certo modo, aqueceu o debate em contextos próprios de regimes políticos ditos totalitários, mitigando direitos naturais tão caros como da liberdade, e.g. no nazismo cujos “*deveres fundamentais dos cidadãos convertem-se em deveres fundamentais dos ‘membros do povo’ (dever de serviço de poderes, dever de trabalhar, dever de defender o povo).*” (Canotilho, 2010, p. 533).

O constitucionalismo técnico que de sobremaneira serviu para divisar o poder político e consagrar em seu corpo direito e garantias contextualizadas conforme movimentos liberais e sociais que eclodiam, veio a reconhecer sobremodo um papel importante do legislador no processo de inovação jurídica, de modo em que os demais poderes constituídos seriam ressonância equilibrada da voz da legalidade (Canotilho, 2010).

Karl Popper (1902-1994) consternado com sua experiência traumática extraída das duas grandes guerras mundiais (1914-1918 e 1939-1945) rediscute o fenômeno do historicismo, o que impõe necessários comentários para uma reflexão das bases ideológicas em que levaram o mundo a regimes totalitários em pleno século XX, cujo ocidente já havia erguido as bandeiras dos ideais iluministas, republicanos e democráticos.

Na sua obra de dois volumes “A Sociedade Aberta e seus Inimigos” (*The Open Society and Its Enemies*), de 1945, tida como a *magnum opus* de Popper, busca o filósofo liberal fomentar um modelo de sociedade cujo sistema econômico superou reproduções mentais de uma sociedade tribal, dominada na ideia de chefe, elementos místicos e supersticiosos que culminaram no totalitarismo, para modelos mais aperfeiçoados de uma sociedade democrática, governada por leis e regras transparentes, fundante na liberdade individual, de modo em que a história da humanidade seria desprovida de significado, posto extraída de um conjunto de fatos que podem ser utilizados para dar significado a diferentes propósitos (Popper, 1974).

De fato, há plurissignificação do próprio termo neoconstitucionalismo, o que é facilmente superado se compreendido no sentido de um momento do constitucionalismo histórico, o que resgata os estudos de Loewenstein ao estabelecer leituras dos sistemas políticos e dos correspondentes tipos governamentais, conhecendo que a Teoria da Constituição não muito diferiria da própria Teoria Geral do Direito, pois abarcaria a essência e significado de constituição como ordenamento sistêmico e dito unitário (Baracho, 1978).

Logo, o emprego do léxico “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”, encarados aqui como sinônimos pois alcançam despertar de nova óptica ao reconhecer a normatividade dada a princípios éticos, bússolas para governos ditos democráticos na sua formação endógena, permitindo a reformulação de antigos princípios e a construção de novos direitos fundamentais, que passam a ser universalizados ao sobrepor os limites extraídos da soberania, dando real protagonismo sem precedentes ao judiciário, o que justifica seu agir de forma ativista, suprimindo as falhas do legislativo e do executivo no contexto do positivismo (Bulos, 2014).

É dessa onda constitucional que invadiu o território nacional, ao contexto dado pela redemocratização após a queda da ditadura militar brasileira (1964-1985) onde a Constituinte de 87-88 promulgou e publicou a vigente Constituição Republicana em 05 outubro de 1988, talhando a dignidade da pessoa humana com um dos princípios fundamentos da República Federativa do Brasil, cuja ordem sequencial assumiu como terceiro princípio, atrás da soberania e da cidadania, respectivamente.

Feito tais considerações, o pós-positivismo envolve a superação da percepção de um sistema jurídico lógico-formal fechado, fundado na unidade, coerência e completude, permitindo dialogar com valores e princípios ético-jurídicos, ressignificando o papel do juiz ao exame do caso concreto, encarando-se o neoconstitucionalismo como numa base teórica unificadora, o que desperta o investigar as contribuições do jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021), “O sistematizador”, um dos principais expoentes da jurisprudência dos valores, e herdeiro do legado intelectual de seu mestre Karl Larenz (1903-1993).

Para Canaris sistema jurídico é interno, aberto, fundado na ordem axiológica e teleológica de princípios jurídicos gerais não contrários à lei e aos costumes, responsivo a valores extra-positivos indicados na ideia de Direito e natureza das coisas, cujas características são a ordenação e a unidade, correspondentes à adequação valorativa e unidade interior do Direito, tendo como atividade não “para dizer” ou “descrever” o Direito (sistema externo), mas sim “fazer Direito” (sistema interno) (Canaris, 2012).

Em Canaris a função criadora do Direito é “para fazer” ou “aplicar” o Direito, embasada no princípio da igualdade e na tendência generalizadora da justiça, dando grande acentuação de importância a princípios ético-jurídicos, reconhecendo que a função do sistema na ciência jurídica é em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica, na trilha, como dito, da evolução da jurisprudência dos valores, dando especial foco ao valor justiça (Canaris, 2012).

Por sinal, bem antes de Robert Alexy (em razão da sua famosa obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” – *Theorie der Grundrechte* –, de 1985), Karl Larenz, citando Canaris, já discutia

acerca da possibilidade de solução nas hipóteses de colisão entre princípios, mediante o emprego da ponderação de bens, de modo a considerar sistema jurídico aberto, suscetível de absorver novos princípios oriundos de atividades legislativas ou da jurisprudência dos tribunais (Larenz, 1997).

A presente pesquisa aponta que, Canaris não se enquadraria como teórico do positivismo ético, sob argumento de fazer parte de uma terceira via do positivismo, pois o positivismo ético não seria sinônimo de pós-positivismo.

Desse modo, reunindo as contribuições indicadas supra, credita-se por pós-positivismo ao movimento em que encara uma reaproximação do sistema jurídico a valores éticos, elevando em importância os princípios, de modo em que se reconhece a normatividade dos mesmos, compartilhando ao lado das regras *status* de normas jurídicas (Ronald Dworkin, Robert Alexy), sobrelevando de importância os princípios morais do direito natural (Gustavo Zagreblesky), admitindo a ordem jurídica centralizada ao nível constitucional, que conhece da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), encarando o sistema jurídico como aberto a valores e a princípios, oriundos da lei ou da jurisprudência (Claus-Wilhelm Canaris e Karl Larenz), freando tendências ultranacionalistas de regimes totalitários, tornando o judiciário o maior protagonista na afirmação de direitos humanos fundamentais, em especial pelas cortes constitucionais.

Para tanto, reconhece-se às cortes constitucionais as funções contramajoritária, representativa e iluminista (Barroso, 2017), levando-se em consideração as seguintes premissas essenciais: superação do formalismo jurídico; fomento da cultura jurídica pós-positivista; centralidade da constituição; elevação de importância ao Direito Público; expansão da jurisdição constitucional; nova hermenêutica. (Teixeira; Lobo; Deocleciano, 2022).

2. Jurisdição Constitucional Brasileira

2.1. Corte Constitucional e suas Funções

O pós-positivismo no Brasil é inaugurado com o advento da Constituição Cidadã em 05 de outubro de 1988, cujo texto fundamental é dotado de supremacia de ordem formal, convivendo com outras normas jurídicas estruturante e.g. princípio republicano, separação dos poderes, direitos e garantias fundamentais, princípios sensíveis etc. (Mendes; Branco, 2020).

Mas, quais seriam as características essenciais da Constituição de 1988? Diante da indagação, deve-se compreender a Lei Fundamental brasileira perante os critérios utilizados para a sua classificação.

Classificar aqui aplicado envolve reunir em classes, valendo-se de um sistema de métodos próprios, identificando peculiaridades a formar compatibilizações “arquivos” dentro de uma

organização, de modo a distinguir um elemento do outro com base em seus principais elementos que o instruem, compreendendo o sentido de “*catalogar, categorizar, qualificar, rotular*” (Houaiss, 2008, p. 176).

Assim, o tema classificação extrai constituições identificadoras das características próprias do fenômeno constitucional, distinguindo-as e buscando relações de semelhança e inclusões em grupos com nomenclatura própria, ocasionando a apresentação de suas peculiaridades frente aos demais conjuntos de constituições.

Posto o tema envolver uma riqueza de classificações para as constituições, a doutrina nacional ou estrangeira, adotar-se-á como critério de classificação as decorrentes das contribuições de Carl Schmitt e Karl Loewenstein.

No oportuno, é indelével que a doutrina pátria classifica a Constituição Cidadã como constituição escrita, na modalidade codificada, promulgada, democrática, analítica e rígida (Martins, 2020) (Bulos, 2014) (Mendes; Branco, 2020).

Na classificação quanto ao conteúdo, desenvolvida sob os pilares do jusfilósofo alemão Carl Schmitt, reerigida para abarcar dualidade entre constituição material e constituição formal, de modo em que constituição passa a ser a decisão fundamental, reveladora do sentido político, onde: “*El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental.*”¹ (Schmitt, 1996, p. 108).

Schmitt argui que a “*Ley fundamental = Constitución en sentido positivo, de donde la llamada ley fundamental no tiene por contenido esencial una normación legal, sino la decisión política*”² (Schmitt, 1996, p. 93).

Assim, o sentido material de constituição emerge ao conteúdo em que visa estruturar ou organizar o Estado, conteúdo próprio de uma decisão política fundamental, trazendo a previsão de direitos e garantias fundamentais, enquanto que os demais assuntos mesmo que previstos num texto constitucional em que não a refletissem uma decisão fundamental seriam rotuladas como leis constitucionais (Schmitt, 1996).

Para Schmitt, o nascimento da constituição decorreria diante de uma decisão política unilateral do sujeito titular do poder constituinte (originário), cuja palavra: “*Constitución se emplea en el sentido del concepto positivo de Constitución antes desarrollado. Sobre todo, se distingue siempre con rigor entre Constitución y Ley constitucional.*”³ (Schmitt, 1996, p. 65).

¹ Tradução livre: “*O poder constituinte é exercido por meio do ato da decisão política fundamental.*”

² Tradução livre: “*Lei fundamental = Constituição em sentido positivo, da qual a chamada lei fundamental não tem como conteúdo essencial uma norma jurídica, mas a decisão política.*”

³ Tradução livre: “*Constituição é utilizada no sentido do conceito positivo de Constituição desenvolvido anteriormente. Acima de tudo, faz-se sempre uma distinção rigorosa entre a Constituição e o Direito Constitucional.*”

Em síntese, constituição material seria àquela dotado exclusivamente de conteúdo constitucional por abarcar normas estruturantes e organizativas do Estado, e.g. separação dos poderes, princípio republicano, federalismo direitos e garantias fundamentais; já constituição formal priorizaria o contexto de supremacia formal, pouco importando o conteúdo em si estruturante (Martins, 2020).

Não há, assim, como conciliar “constituição formal-material”, posto que o fenômeno envolve exame de supremacia formal (normas constitucionais hierarquicamente superiores defronte demais diplomas normativos positivos) ou supremacia material (normas constitucionais de conteúdo estruturante, ignorando o critério formal ou hierárquico); cuja lógica em Schmitt envolve ser somente chamado de constituição ao texto em que reflete uma decisão política fundamental, as demais partes seriam leis constitucionais (Martins, 2020).

Para o jurista brasileiro José Afonso da Silva⁴, através de Carl Schmitt, aponta que as normas constituições em que refletem decisões políticas fundamentais no sistema positivo constitucional, seriam ditas como “*normas-princípios*”, identificadas como normas fundamentais derivadas logicamente ao manifestar sua existência implicitamente, regulando de forma imediata relações específicas da vida, manifestando “*princípios constitucionais fundamentais*”, que por si só expressam a linguagem de normas da Constituição, formando a existência política da nação (Silva, 2014).

Para o jurista Flávio Martins, a Constituição brasileira de 1988 seria hegemonicamente dotada de supremacia formal, o que a leva a ser classificada como constituição formal, muito embora revele vários dispositivos de conteúdo estruturante do Estado (e.g. direitos sociais – artigo 6º) (Martins, 2020).

Razão em que, a Constituição Cidadã é hegemonicamente formal e majoritariamente material, logo formal, posto em sua topografia revelar conteúdo tipicamente infraconstitucional, alienígena ao sentido de decisão política fundamental (e.g. § 2º, do artigo 242 em que traz a previsão do Colégio Pedro II e sua localização na cidade do Rio de Janeiro).

A próxima classificação a ser examinada discute a percepção do fenômeno constitucional em essência, em seu néctar ou, como preferida por Karl Loewenstein, na obra “*Teoria de la Constitución*”⁵, (título original em língua inglesa: *Political Power and the Governmental Process*, de 1957), onde revela sua preocupação em edificar uma classificação das Constituições: “*Teniendo en cuenta el cambio fundamental que ha sufrido el papel de la constitución escrita en*

⁴ Citando também o jurista lusitano J. J. Gomes Canotilho (1941, aos 81 anos) e o jurista italiano Vesio Crisafulli (1910-1986).

⁵ Versão em espanhol, traduzida por Alfredo Gallego Anabitarte, da Universidade Autónoma de Madrid, Espanha, cuja 2ª edição publicada em 1975.

*la realidad sociopolítica, se hace completilmen- te necesario un nuevo intento de clasificación.”*⁶
(Loewenstein, 1979, p. 216).

Antes de avançarmos, é importante assinalar que, para Loewenstein poder político é similar (não igual) a todo poder, podendo ser cognoscível, observado, explicado e valorado, permitindo alcance mental em sua substância e essência, de modo em que o jurista alemão concebe uma relação sociopsicológica organicamente dada num vínculo em que se afirma entre o detentor e exercente do poder perante os destinatários do poder, de tal maneira em que numa sociedade dita estatal o poder político se expressa como controle social, estabelecendo uma conexão entre ideologias e instituições (Neves, 2020).

De modo em que, Loewenstein propõe de forma sincera para alcançar o real sentido de constituição, com base no critério de relação sociopsicológica envolvente ao conceito de poder político, onde sugere a classificar as constituições em (i) normativa, (ii) nominal e (iii) semântica (Loewenstein, 1979).

Uma constituição é dita normativa as normas constitucionais refletem a realidade do processo de poder, pois aqui a constituição escrita não almeja funcionamento isoladamente, exigindo dos detentores e destinatários do poder a prática eficiente de seus termos, cujas normas dominam o jogo do processo político (ou o processo de poder), adaptando-se as normas constitucionais de modo a somar com elas, como resultado a constituição é honesta em refletir a realidade na Nação (Loewenstein, 1979).

Aponta o jurista alemão que, a função ontológica da constituição nominal é educativa, sob funcionalidade projetada ao futuro, estabelecendo princípios a serem cumpridos, cujo desiderato é se converter em constituição normativa, permitindo determinar a dinâmica de poder em que esteja investida; de modo em que, Loewenstein compara como: *“el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido.”*⁷ (Loewenstein, 1979).

Por fim, a constituição semântica que para Loewenstein envolveriam constituições que sua realidade ontológica são a formalização de uma dura situação do poder político em benefício exclusivo dos que detêm o poder fático, dispondo de um amparo coercitivo da máquina estatal (Loewenstein, 1979).

A constituição semântica seria o maior engodo a democracia, por usurpar a tradição do constitucionalismo técnico como meio a limitar o poder estatal, refletindo intenções macabras para vocação ao alcançar ou conservar o poder, beneficiando aos que a detêm, pouco importando

⁶ Tradução livre: *“Tendo em vista a mudança fundamental que o papel da constituição escrita sofreu na realidade sociopolítica, uma nova tentativa de classificá-la se faz absolutamente necessária.”*

⁷ Tradução livre: *“o terno fica um certo tempo pendurado no armário e será vestido quando o corpo nacional tiver crescido.”*

de destinada a um (ditador) ou a um conselho, pois: “*Em lugar de servir a la limitación del poder, la constitución [semântica] es aqui el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político.*”⁸ (Loewenstein, 1979, p. 219), cujo escólio seria: “*el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz*”⁹ (Loewenstein, 1979, p. 219).

Feitas tais explanações, para o jurista brasileiro Flávio Martins a Constituição Republicana de 1988 seria uma típica constituição normativa, mesmo que não reflita integralmente a realidade, em si, frente ao diálogo de poder, conforme propõe Loewenstein (Martins, 2020).

Como dito alhures, a Constituição de 1988 é dotada de hierárquica e supremacia formal, guardando forte expediente fiscalizatório concentrado pelos legitimados indicados no corpo do artigo 103¹⁰, de tal maneira em que o Supremo Tribunal Federal (STF), na qualidade de guardião da constituição, onde exerce a função de corte constitucional, podendo suspender a eficácia do ato normativo impugnado, por sinal acatável de forma imediata mediante reconhecimento em juízo concessivo de pedido de medida cautelar, aos moldes do artigo 102, inciso I, alínea “p”, da Lei Fundamental de 1988 (Bulos, 2014).

A Constituição Cidadã apresenta normas reformáveis e irreformáveis, estas últimas núcleos intocáveis ou insuscetíveis de serem abolidos formando ao que se denominou de cláusulas pétreas, que podem ser expressas (artigo 60, § 4º) ou implícitas (e.g. artigo 1º), de modo em que, a jurisdição constitucional nacional organiza-se com (i) o parlamento federal (Congresso Nacional) desempenhando papel de legislador positivo, criando normatividade jurídica a permitir acompanhar seu tempo, e (ii) a corte constitucional (Supremo Tribunal Federal) na qualidade de protagonista como legislador negativo, reconhecendo a recepção de normas pré-constitucionais compatíveis com a Constituição Republicana de 1988 e afastando do ordenamento jurídico pátrio normas inconstitucionais, responsivo ao controle de constitucionalidade judicial incidental e abstrato das leis e dos atos normativos (Novelino, 2020).

A jurisdição constitucional brasileira envolve dois modelos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos: (i) o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada – modelo norte-americano do *judicial review*), dito controle abstrato, de iniciativa dos legitimados do artigo 103 da Constituição Republicana de 1988, processado e julgado por (i.1) órgão especial do tribunal estadual (artigos 97 e 125, § 2º) e pela (i.2) corte constitucional (artigo 102, inciso I, alínea “a” e § 1º) e, por fim, (ii) o controle difuso de

⁸ Tradução livre: “Em vez de servir à limitação do poder, a constituição [semântica] é aqui o instrumento para estabilizar e perpetuar a intervenção dos governantes de facto da localização do poder político.”

⁹ Tradução livre: “o terno não é um terno, mas um *disfraz*”.

¹⁰ Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004;

constitucionalidade (ou jurisdição constitucional difusa – modelo austríaco do sistema europeu continental), cujo legitimado é qualquer membro integrante da sociedade, onde a demanda é dirimida pela via da exceção (ou de forma incidental), julgado órgãos com função jurisdicional na estrutura do judiciário, não exigindo competência originária dos tribunais e da corte constitucional (Silva, 2014).

Diante dos limites da presente proposta da pesquisa, faz-se o exame da jurisdição constitucional concentrada (controle concentrado), responsivo pela verificação da compatibilidade constitucional, logo vertical, entre norma constitucional com os demais diplomas, compreendendo dois órgãos jurisdicionais: (i) o Tribunal de Justiça dos Estados federados, pela via da representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais (artigo 125, § 2º), tendo como paradigma a Constituição dos Estados Federados; e (ii) o Supremo Tribunal Federal (STF), como corte constitucional,¹¹ exercentes das funções representativa, contramajoritária e iluminista, com competência originária para processar e julgar ações em sede de controle concentrado, tendo como paradigma solar de validade a Constituição federal (Barroso, 2016) (Barroso, 2017).

O controle concentrado exercido pelo STF abarca a: (i) ação direta de inconstitucionalidade (ADI ou ADIn – artigo 102, inciso I, alínea “a”¹²), (ii) ação declaratória de constitucionalidade (ADC ou ADCON – artigo 102, inciso I, alínea “a”), (iii) ação declaratória por omissão (ADO – artigo 102, § 2º) e (iv) arguição pelo descumprimento de preceito fundamental (ADPF – artigo 102, § 1º¹³) (Novelino, 2020).

Há a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (artigo 36, inciso III¹⁴), de competência exclusiva do STF, mas seu objeto é específico, envolvendo a fiscalização do processo de intervenção federal, diante da ofensa de princípios constitucionais sensíveis (Novelino, 2020).

Conseqüentemente, o STF desempenha três funções: (i) contramajoritário (envolvendo caloroso debate acerca da dificuldade contramajoritária – “*counter-majoritarian difficulty*” ou “*counter-majoritarian dilemm*”), (ii) representativa e (iii) iluminista, de modo em que, a função contramajoritária poderá ou não se cumular com a dimensão representativa e iluminista (Barroso, 2017).

A função contramajoritária está relacionada a autoridade constitucional dada às cortes e tribunais constitucionais em controlar os atos legiferantes emergentes do parlamento e do

¹¹ Reservando-se a qualidade de corte infraconstitucional ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

¹² Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993;

¹³ *Ibidem*;

¹⁴ Com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004;

executivo (em sua função atípica), podendo invalidar tais normas, mesmo que sabatinadas pelo congresso (Barroso, 2017).

Ocasão em que, o precedente histórico mais famoso se deve ao caso *Marbury v. Madison*, de 1803, responsável pela doutrina do *judicial review*, significando, em síntese apertada, ao controle de constitucionalidade exercido por qualquer juiz, *chief justice*, que no caso foi dada incumbência a John Marshall (1755-1835) (Continentino, 2015) (Barroso, 2017).

É através da função contramajoritária em que as cortes constitucionais, mesmo desprovidos de mandato eletivo representativo, a constituição lhes confere a legitimidade democrática para desempenhar o controle das vocações das majorias em detrimento das minorias, desempenhando papel de equilíbrio de força perante o parlamento, prestigiando a proteção aos direitos fundamentais, consagrando ideias republicanas e democráticas (Barroso, 2017).

Já na função representativa, intimamente ligada a democracia contemporânea (votos, direitos e razões), de modo em que as cortes constitucionais exercem crucial papel na interpretação do sentimento social e político que podem ser ignorados pelo parlamento, justificada pela ocorrência do fenômeno da crise dos parlamentos ou mesmo da dificuldade de representatividade política (Barroso, 2017).

Resultando, a função representativa imprime no fortalecimento do judiciário como protagonista democrático em converter demandas judiciais em observância de direitos fundamentais, cujas decisões judiciais exigem prévia provocação judicial e fundamentação, não podendo expressar atos dotados de pura discricionária (Barroso, 2017).

Por fim, não menos importante, a função iluminista que é vinculada na necessidade da promoção de avanços sociais imperativos posto a insensibilidade do parlamento em não os tenha acolhido, de modo a promover “*avanços civilizatórios independentemente das majorias políticas circunstanciais*” (Barroso, 2017, p. 2218).

Identificada as funções contramajoritária, representativa e iluminista das cortes constitucionais, permite-se alcançar ao sentido de ativismo judicial, definida como uma atuação judicial em expansividade para ocupar a arena do métier do parlamento, indubitavelmente provocando tensão com o parlamento.

2.2 Tensão entre Ativismo Judicial e *Efeito Backlash*

Para compreensão, em si, da tensão envolvendo o ativismo judicial e o efeito *backlash*, é crucial abordarmos pontos essenciais do positivismo jurídico partindo da visão de Noberto

Bobbio (1909-2004), por encarar o positivismo jurídico com base em três aspectos, quais sejam: (i) teoria do Direito, (ii) método de estudo do Direito e (iii) ideologia do Direito (Bobbio, 1995).

O positivismo como (i) teoria envolve no juízo de verdade ou falsidade, já como (ii) método indica juízo de conveniência e (iii) sob a face ideológica se comunica com o juízo de valor; onde, o positivismo deve ser encarado ao contexto evolutivo, estabelecendo podendo conservar e abandonar certos aspectos, otimizando esforços de verificar o que está vivo e o que está morto no positivismo (Bobbio, 1995).

Esses três vetores em Bobbio estabelecem significado comunicativo no Direito, despertando interesse ao investigador, posto que o positivismo jurídico seria encarado como teoria, método e ideologia, dotado de indiscutível movimento mais significativo ao Direito.

Numa breve leitura de sua obra “Teoria Pura do Direito” (*Reine Rechtslehre*) reconhece o jusfilósofo austríaco que o Direito é ciência, reforçando a ideia de que o Estado é um grande criador de normas jurídicas, num processo evolutivo e graduado de positivação, refletindo em estabelecer um esteio na atuação dos demais poderes constituídos; nessa conjectura, reconhece Kelsen que a constituição é a lei mais importante de um país, sendo-a pressuposto de validade de todas as demais leis erigidas pelo parlamento, desempenhando um papel importante de controle (Kelsen, 1999).

Para tanto, Kelsen apresenta seu entendimento do que seja constituição, tomando como referência o (a) sentido jurídico-positivo, eis a constituição como lei mais importante do ordenamento jurídico e o pressuposto de validade de todas as demais leis; e o (b) sentido lógico-jurídico, onde acima da constituição escrita há a *Grundnorm* uma norma não escrita, hipotético, pré-constitucional e atribuindo comando de obediência à Constituição escrita (Kelsen, 1999).

Nessa estrutura lógica a jurisprudência apresentaria formas puras do Direito, pois o magistrado poderá retirar várias interpretações quanto a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, conseqüentemente todas as decisões judiciais, no ponto de vista de Kelsen, são viáveis de aplicação e pondera que uma decisão judicial com base na lei desempenha papel criativo de produção jurídica (Kelsen, 1999).

Assim, o movimento do Estado Constitucional é, *a priori*, de formação eurocêntrica e envolvente no combate aos arbítrios do absolutismo monárquico, acompanhada aos esforços combativos aos privilégios orgânicos-corporativos herdados do feudalismo, o que não ignora diferentes marcas do constitucionalismo, como (i) o norte-americano com a bandeira da supremacia da constituição (*judicial review*) e (ii) o francês com a supremacia do parlamento (Canotilho, 2010) (Barroso, 2017).

Fatos em que, a ideia original de Estado Constitucional necessita ser vista em colmatação ao contexto próprio brasileiro, que lhe possui identidade singular e inspirada aos ventos democráticos da Constituinte de 1987-1988 em que inaugura um Estado Democrático de Direito, fruto da redemocratização no Brasil.

Ato contínuo, sob pauta de democracia tardia elevou o papel do judiciário no Brasil, o que levou a certos grupos de juristas modularem ideologias ávidas a elevar de importância a jurisdição constitucional, absorvendo vários aspectos do constitucionalismo norte-americano e europeu, diluindo vocações autoritárias do executivo e inerciais do legislativo, consagrando um tribunal constitucional equilibrado, independente e ativista, engajado em promover soluções a temas relevantes e delicados no social e na política.

Indubitavelmente, ao judiciário como protagonista do Estado Constitucional, desperta dois fenômenos colaterais, quais sejam: a judicialização da política e o ativismo judicial, que sequer podem ser confundidos (Santana, 2010).

A judicialização da política envolve a inserção da ordem jurídica constitucional brasileira demandas essencialmente ligadas a arena política ao corpo aos confrontos das lides constitucionalizadas;¹⁵ noutra margem, às decisões oriundas do ativismo judicial, despertam exame de três correntes equidistantes, que possuem inúmeros adeptos luso-brasileiros, quais sejam: (i) ativismo judicial positivo, de Mauro Cappelletti (1927-2004), (ii) ativismo judicial neutro, de Lawrence Baum e (iii) ativismo judicial negativo, de Ronald Dworkin (1931-2013) (Ramos; Oliveira Junior, 2014).

Esta visão de ativismo mais se aproxima daquela em que possui nomenclatura de criativismo judicial, na sua modalidade patológica, heterodoxa ou *hard*, na qual o juiz atua de forma incisiva para suprir lacunas do legislador ou criando novos direitos (Urbano, 2013).

Tal contexto desse ativismo judicial é, talvez, o mais marcante, pois tem o potencial de dividir opiniões, em especial quando se identifica assertividade do judiciário ao traduzir em afirmação de direitos humanos fundamentais, e.g. a ADPF nº 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5/5/2011, acerca da constitucionalidade da união e do casamento homoafetivo no Brasil.

Já a versão do ativismo judicial trazida por Mauro Cappelletti (1999), dita positiva conhece de uma abundante criatividade judicial por parte do juiz no exercício de sua função jurisdicional, conhecido como fenômeno decorrente do contexto dos Estados Democráticos (Ramos; Oliveira Júnior, 2014).

¹⁵ E.g. a ADPF nº 45, rel. min. Celso de Mello, j. 29/4/2004, a ADPF nº 144, rel. min. Celso de Mello, j. 6/8/2008, a ADI nº 3.999, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/2008 e, dentre muitos outros julgados, o HC nº 193726, rel. min. Edson Fachin, j. 14/10/2021 e AIJE nº 600814-85, rel. min. Benedito Gonçalves, j. 4/7/2023

Por fim, a adotada nesta pesquisa, trazida por Lawrence Baum (1987) em que aponta por neutra o fenômeno do ativismo judicial, reconhecendo espectro amplo e incisivo em vários processos decisórios, impactando em decisões que venham a dar significado a políticas públicas, podendo conflitar com as políticas adotadas pelos poderes constituídos, indicando o poder de revisão em sede da declaração de inconstitucionalidade das leis, alcançando, inclusive, a interpretação das leis à luz das normas constitucionais (Ramos; Oliveira Junior, 2014).

Mesmo se encarada com neutralidade o ativismo judicial, o fenômeno poderá seguir caminhos abjetos chamando para si o centro majorante, quase totalitário, da produção jurídica do Direito, influenciando cegamente a construção da jurisprudência de base e traçando pautas a serem seguidas pelo legislador em seu ofício democrático, servindo a doutrina como holofote desse processo criativo judicial, culminando no fortalecimento do fenômeno constitucional ao ponto de erguer os fundamentos da juristocracia.

Para o jusfilósofo canadense Ran Hirschl, pioneiro na compreensão desse processo, visualiza um novo constitucionalismo cujo caminho leva a juristocracia, identificando que em decorrência do fortalecimento da constituição, o parlamento empreende esforços em editar leis com conteúdo jurídico indeterminado, transferindo ao judiciário a responsabilidade política nas decisões mais marcantes dos países, inclusive certas pautas gerais, intimamente ligadas a temas em que dividem opiniões (Hirschl, 2020).

Desse embate, desperta o estudo acerca do efeito *backlash*, ao que se alcança ao sentido de ativismo congressional, diante do judiciário ter produzido decisões que culminam em resistência ao parlamento, criando um antagonismo ideológico, onde de um lado o legislador eleito pela força majoritária com a promessa republicana de atender os anseios sociais, cuja estabilidade no poder se dá por mandato eletivo e temporário, enquanto que o juízes não obtêm acesso ao poder pela vontade popular, mas por meritocracia intelectual, em processo de concurso público, cujo poder lhe perpetua pela vitaliciedade, após adquirem estabilidade constitucional (Teixeira; Lobo; Deocleciano, 2022) (Marmelstein, 2016).

A marca histórica do *backlash* se deu pelo julgamento pela corte norte-americana do caso *Roe v. Wade*, em 1973, que por sinal perdeu sua validade diante do julgamento do *Dobbs v. Jackson*, em 2022, onde se discutia a legalização da prática de aborto em caso de violência contra mulher, o que levou a *Supreme Court of the United States* em discriminar o aborto sob fundamento do direito às mulheres, à luz da interpretação dada à emenda constitucional nº 14.

Diante da decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, grupos da sociedade defensores de pautas pró-vida mobilizaram esforços para pressionar parlamentares estaduais e

federais, além de eleger simpatizantes de suas ideias, para uma “retaliação legislativa”, o que levou a aprovação de leis reverteram certos alcances do que decidido (Zaburski, 2017).

No particular caso brasileiro, podemos encontrar como ocorrência do *backlash* o “caso da vaquejada”, onde o STF decidiu que lei estadual que autorizada a vaquejada seria inconstitucional por violar o artigo 225 da Constituição Republicana de 1988, conforme teor do *hard case* ADI nº 4983, ano de 2016, tendo como ministro-relator Marco Aurélio.

O *backlash* brasileiro (“retaliação legislativa”) ocorreu com aprovação da emenda constitucional nº 96/2017, oriunda da proposta de emenda constitucional nº 50/2016, de modo em que não se tornam mais cruéis, no Brasil, as práticas desportivas como a vaquejada em que utilizem animais, se expressarem manifestações culturais, *vide* artigo 225, § 7º (atualmente a matéria é objeto da ADI nº 5728, cujo relator é o ministro Dias Toffoli, ano de 2021).

Pelo extrato entre ativismo judicial e *backlash*, diante de um ambiente de democracia participativa, em que se verifica convivência do ativismo judicial e do ativismo congressional, este contextualizado como resposta da insatisfação do extrato social, compõe no amplo espectro de formas de atendimento dos reclames sociais, responsivos e conciliáveis, de modo em que há uma aparente tensão, que se supera pela ampla compreensão do pós-positivismo no contexto atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa analisou o constitucionalismo, explorando suas bases históricas e ideológicas e destacando dois modelos principais: o estadunidense e o francês. O constitucionalismo norte-americano, iniciado pelas 13 colônias britânicas, criou um sistema de democracia participativa com uma constituição escrita e rígida. Em contraste, o francês, desenvolvido pelos revolucionários de 1789, fortaleceu o papel do legislador e destacou a supremacia do parlamento.

Ambos os modelos, estadunidense e francês, de constitucionalismo devem ser encarados como ondas dos constitucionalistas, que de diferentes modos foram absorvidas por vários países mundo afora, não podendo ser encarados como modelos rígidos, frente desempenharem inúmeros impactos na consolidação dos valores democráticos e republicanos, afastando tendências absolutistas.

Nessa graduação, há uma identidade histórica própria no constitucionalismo atual, posto reproduzir uma preocupação em coibir novas raízes do positivismo, consolidadas diante de ideologias com tendências imperialistas e totalitárias de governos, de modo em que o constitucionalismo toma novo contexto.

Após as duas guerras mundiais, o mundo transitou para um neoconstitucionalismo, dando maior relevância ao judiciário e ao papel das cortes na criação de políticas públicas e na promoção dos direitos humanos. Isso gerou uma nova tensão, com grupos sociais pressionando os parlamentos para limitar a judicialização e o ativismo judicial, refletindo uma evolução contínua do constitucionalismo pós-Holocausto.

Encarando a nova onda constitucionalista como neoconstitucionalismo permite um maior relevo ao judiciário no jogo do poder, pois passa a ser ativo e construtor de políticas públicas além de chamar para si a arena política por meio de lides constitucionalizadas, ao passo em que fomenta dia a dia esforços para a consagração de novos direitos humanos fundamentais.

Desse novo movimento constitucional, surge a possibilidade de grupos sociais não se convencerem com o rumo da sociedade tomado pelas decisões do judiciário enraizadas nos valores do neoconstitucionalismo, o que os leva a pressiona o parlamento para agir de forma contundente em frear ou reverter o avanço da judicialização da política e do ativismo judicial, o que aparentemente responde a uma tensão, contudo, nada mais é, se não, expressão aprimorada constitucionalismo que nasceu após o holocausto, em razão do ativismo congressional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Noberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, Tradução: Márcio Pugliesi *et al.* 1ª ed., 1995.
- _____. *et. al.* **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Editora UNB, 10ª ed., 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Malheiros: São Paulo, 2001.
- BARROCHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da constituição**. Rev. Inf. Legisl. Brasília a. 15, n. 18, abr./jun. p. 27 – 54, 1978.
- BARROSO, Luís. **Contra majoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Rev. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171 - 2228, 2018.
- _____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina. 2010.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judiciaw review: o mito de marbury**. RIL, Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. p. 115 – 132, 2016.

- HESSE, Korand. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.
- HISCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Tradução: Amauri Feres Saad., Londrina: E.D.A., 2020.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008.
- KARNAL, Leandro. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamago, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução: Ricardo Rodrigues Gama, 1ª ed., Campinas: Russell, 2005.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Caracas: Editora Ariel, 1979.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução: Mário e Celestino da Silva, Brasília: Senado, v. 248, 2019.
- MARMELSTEIN, George. **Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. In: Seminário Ítalo-Brasileiro, 3., 2016, Bolonha, Itália.
- _____. **Curso de direitos fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.
- POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Italiana Limitada, v. 1, 1974.
- POZZOLO, Suzanna. **Neocostitucionalismo e positivismo giuridico**. Torino: Giappichelli, 2001.
- _____. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 21, n. 2, p. 339 – 353, 1998.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo**. Buenos Aires: SigloVeinteuno, 2013.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e do Brasil**. Rev. Senado, a. 51, n. 204, out./dez., p. 25 – 42, 2014.
- SANTANA, José Cláudio Pavão. **Constituição: sentimento e consciência, na obra Estado democrático de direito e direitos humanos (org) MARTINS NETO, Antônio José de**. São Paulo: Saraiva, 2010
- SCHIMTT, Carl. **Teoría de la constitución**. Tradução: Francisco Ayala, Salamanca: Alianza Editorial, 1996.
- SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. LOBO, Júlio Cesar Matias.
- DECOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. **Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade**. Rev. Dir. Fund. Democ. v. 27, n. 3, set/dez. 2022, p. 124-153.
- TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracia na américa**. Tradução: Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, v. 1, 2005.
- URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo**