

Artigos originais

A revisão garantista do constitucionalismo popular de Mark Tushnet

The guaranteeist review of Mark Tushnet's popular constitutionalism



Lucas Bortolini Kuhn¹



Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori²

Resumo: O presente artigo discute o constitucionalismo popular com ênfase na obra de Mark Tushnet, abordando o contexto da crítica ao judicial review e dialogando também com as críticas do constitucionalismo garantista sobre a concepção neoconstitucionalista de jurisdição constitucional em prática no Brasil. Visa-se a discutir se as críticas à supremacia judicial estadunidense podem contribuir com as discussões brasileiras sobre judicialização da política e ativismo judicial. A pesquisa, de cunho bibliográfico, é composta por uma reconstrução fenomenológica dos principais aspectos de Tushnet que são, então, contrastados com a crítica do constitucionalismo garantista ao estado atual da jurisdição constitucional, com a hipótese de que há um fértil diálogo possível entre a crítica à supremacia judicial do constitucionalismo popular de Tushnet e a crítica garantista aos espaços interpretativos do neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Constitucionalismo popular. Jurisdição Constitucional. Neoconstitucionalismo. Constitucionalismo Garantista. Judicialização da Política.

¹ Doutor e Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle, na linha Efetividade do Direito na Sociedade, sob a orientação do Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori e da Profa. Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, onde realizou pesquisas em Ecologia Jurídica, Sociologia do Direito, Teoria do Direito, Constitucionalismo, Filosofia e Direitos Fundamentais, com enfoque no ecogarantismo. Bolsista CAPES/PROSUC, no mestrado e doutorado. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta, com pesquisas na área da Filosofia do Direito, Hermenêutica, Bioética e a relação entre Direito e Arte. Membro do Grupo de Pesquisa Garantismo e Constitucionalismo Popular e do Grupo Pluralismo e Direitos Humanos. Email: lucas.kuhn@rocketmail.com.

² Possui graduação em Direito (UFSM - 1986) e em História (FIC Santa Maria/RS - 1984), pós-graduação (lato sensu) em Fundamentos de Epistemologia pela UNISC - Santa Cruz do Sul/RS (1985), Mestrado e Doutorado em Direito pela UFSC - Florianópolis/SC (1993 e 2001) e Pós-Doutorado junto à UFSC (2015). Atualmente é docente da Universidade La Salle (Unilasalle - Canoas - RS), vinculada ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Sociedade e a graduação em Direito, atuando como Coordenadora do Projeto Universal-2016/CNPq "Em Busca de Novas Gramáticas para os Direitos Humanos: inovações sócio-jurídico-políticas na América Latina e África", coordenando o Grupo de Pesquisa Pluralismo e Direitos Humanos: diálogos culturais transfronteiriços. Integra o Comitê de Ética em Pesquisa da Unilasalle Canoas/RS. Email: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br.

Abstract: This article discusses popular constitutionalism with emphasis on the work of Mark Tushnet, addressing the context of the criticism of judicial review and also discussing the guaranteeist constitutionalism's criticisms of the neoconstitutionalist conception of constitutional jurisdiction in practice in Brazil. The aim is to discuss whether criticism of US judicial supremacy can contribute to Brazilian discussions on the judicialization of politics and judicial activism. The research, of a bibliographic nature, is composed of a phenomenological reconstruction of the main aspects of Tushnet that are then contrasted with the critique of guarantor constitutionalism to the current state of constitutional jurisdiction, with the hypothesis that there is a fertile dialogue possible between the critique of supremacy of the popular constitutionalism of Tushnet and the guarantorist critique of the interpretive spaces of neoconstitutionalism.

Keywords: Popular Constitutionalism. Constitutional Jurisdiction. Neoconstitutionalism. Guaranteeist Constitutionalism. Judicialization of Politics.

Submetido em: 09 de novembro de 2021

Aceito em: 02 de setembro de 2022

1 Introdução

A jurisdição constitucional é a pauta de algumas das mais importantes discussões do pensamento jurídico brasileiro. A garantia de direitos fundamentais, atividade rotineira do Supremo Tribunal Federal sob a égide da atual Constituição Cidadã, já se apresenta tão natural que é relativamente fácil ignorar o quanto é recente, no Brasil, a noção de direitos fundamentais com força normativa e um judiciário institucionalmente encarregado de sua aplicação a casos concretos e abstratos.

A relevância da atuação do Supremo Tribunal Federal, que concentra a atribuição da jurisdição constitucional concentrada³, traduz-se na expansão de suas atividades, o que leva a inúmeras e relevantes questões sobre o alcance da jurisdição, as formas de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e, até mesmo, questões radicais como o lugar legítimo da jurisdição em um Estado Constitucional. Neste universo científico e político inserem-se discussões sobre a judicialização da política e do ativismo judicial, dentre outras.

O presente texto visa a tematizar estas questões radicais a partir de um diálogo com o pensamento do constitucionalismo popular. Mais especificamente, com a obra de Mark Tushnet, que oferece uma robusta crítica ao *judicial review* no direito estadunidense, que pode em muito contribuir para as discussões brasileiras sobre a jurisdição constitucional diante dos problemas em voga no Brasil. O principal problema de pesquisa aqui abordado é: como ler e compreender as críticas de Tushnet em relação aos problemas brasileiros?

A leitura tem por pressuposto a observação empírica das influências de um pensamento neoconstitucionalista muito mais orgânico que teórico que, ao tentar transcender o comportamento institucional de indiferença frente a direitos fundamentais para aplacar os desafios contemporâneos próprios do constitucionalismo rígido,

³ Ao menos, é claro, em relação à Constituição Federal, já que os Tribunais de Justiça dos estados é que podem julgar questões constitucionais referentes às Constituições Estaduais.

abandona um conceito juspositivista de jurisdição afirmando avanços em posturas e construções teóricas que expandem o horizonte interpretativo como, também, o próprio conceito de Direito.

O constitucionalismo garantista, por sua vez, estabelece uma abordagem juspositivista que interpreta a expansão da jurisdição enquanto instituição de garantia secundária, mas que não abdica de moldes típicos ao pensamento jurídico moderno como a legitimação contramajoritária da jurisdição e a estrita submissão dos juízes ao ordenamento jurídico. A riqueza, portanto, de se considerar a crítica do constitucionalismo popular de Tushnet é evidente: trata-se de questionar a própria ideia e legitimidade da ideia de uma jurisdição constitucional, e não apenas de seus contornos.

O texto se divide em três momentos: o primeiro, visa a caracterizar a crítica do constitucionalismo popular em Tushnet ao *judicial review*; o segundo, é o de caracterização crítica da jurisdição constitucional brasileira, observando como se plasmam certas concepções neoconstitucionalistas no horizonte institucional jurisdicional brasileiro; o terceiro momento, fundado numa abordagem garantista do Estado Constitucional, visa a absorver os elementos úteis e caracterizar os potenciais problemas do pensamento de Tushnet no contexto brasileiro contemporâneo.

2 Mark Tushnet e o constitucionalismo popular fora das cortes

Na democracia constitucional estadunidense, as discussões sobre a jurisdição constitucional eram pouco atentas a alternativas ao *judicial review*. A revisão judicial de leis, que poderiam ser anuladas por inconstitucionalidade, raramente foi considerada e tratada como uma noção problemática. Também não o foram o insulamento ou o nítido viés partidário da atuação da Suprema Corte, ou, ainda, o asfixiamento do debate e do engajamento popular relativo às questões constitucionais.

Acabar com o *judicial review*, diz Tushnet (1999, p. 154), teria um claro efeito: devolver o processo de decisão sobre questões constitucionais às pessoas. O jurista estadunidense é um dos autores do constitucionalismo popular, vertente de pensamento que se embasa numa forte crítica da chamada supremacia judicial, cuja síntese é a ideia de que a jurisdição constitucional tem a última e legítima interpretação dos sentidos da Constituição, com expoentes como Larry Kramer, Jeremy Waldron e Mark Tushnet.

Pozen (2009, pp. 2058-2060), ao fazer uma síntese das características que aglutinam uma escola tão diversa, afirma o constitucionalismo popular como assentado em seis grandes postulados. O primeiro, é um pressuposto de que estadunidenses vivem numa era de supremacia judicial, onde as pessoas abdicaram de sua autoridade coletiva sobre a interpretação da Constituição. O segundo, é o de que a supremacia judicial é a inimiga, por tornar a cultura jurídica estadunidense caudatária da jurisdição.

O terceiro postulado, derivado do segundo, é a percepção de que a supremacia judicial tem um caráter prejudicial específico, que não é exatamente conexo à garantia de direitos, mas sim a um desengajamento social em relação às questões constitucionais. O que leva ao quarto postulado, que é a necessidade de empoderar os cidadãos para que reivindiquem a Constituição, não apenas por processos formais como o de emenda, mas como uma questão cultural: as pessoas devem perceber a Constituição como a *sua* constituição, em todos os sentidos.

Um quinto postulado, também importante, é o que Pozen (2009, p. 2058) caracteriza como uma fé na habilidade das pessoas leigas em interpretar e implementar a Constituição. A partir deste postulado, os adversários do constitucionalismo popular são percebidos como elitistas, aristocratas. Defensores do constitucionalismo popular aceitam que “criar direito constitucional pode ser barulhento, bagunçado e policêntrico sem ser irracional, imoral ou anárquico” (Pozen, 2009, p. 2058).

E este processo parte do raciocínio de um sexto postulado: o de que as linhas entre os diferentes processos jurídicos constitucionais são muito mais fluidas do que presume o constitucionalismo tradicional estadunidense. Entre a legislação, os movimentos sociais, a atividade administrativa, os partidos políticos e a jurisdição constitucional, portanto, não há uma distinção tão rígida assim, pois, em todas elas, o que há na prática é a elaboração de direito constitucional.

Para além das características e postulados comuns, Pozen (2009, pp. 2060-2062) também apresenta uma categorização tripla dos modelos de constitucionalismo popular: (1) modesto, que é o modelo que reclama um engajamento popular amplo nas discussões constitucionais ainda que mantendo o *judicial review*; (2) robusto, que é o modelo que visa a restringir o âmbito da jurisdição constitucional; (3) departamentalista, que é o modelo que afirma diferentes competências interpretativas para diferentes ramos do Estado.⁴

Tushnet (1999, p. 166) vai propor, justamente, um modelo robusto de constitucionalismo popular, capaz de conceber a existência e aplicação de direitos fundamentais sem *judicial review*. Um de seus pressupostos, evidentemente, é o de que a revisão judicial que resulta em anulação de *statutes* por parte da Suprema Corte é pouco ou quase nada significativo para a garantia de direitos, funcionando – fora de casos excepcionais ou notórios – como uma força muito marginal no ambiente político.

Observando a história institucional da Suprema Corte, Tushnet (1999, p. 174) afirma que o *judicial review* é uma força tão marginal no ambiente político estadunidense que também há pouco a se temer com a sua abolição. Isto pode aumentar o poder popular, ao restringir a capacidade da jurisdição em invalidar legislações produzidas mediante um processo político representativo, mas este aumento é marginal e pouco relevante para o objetivo geral da proposta de Tushnet: redistribuir responsabilidades pela criação do direito constitucional às pessoas.

4 Ressalte-se que a consideração do departamentalismo enquanto corrente do constitucionalismo popular não é unânime.

Dois elementos se tornam cruciais à proposta. O primeiro, é o argumento de Tushnet (1999, p. 158) sobre a impossibilidade de mera redução do escopo do *judicial review*. Neste ponto, fundamenta-se que há problemas em se estabelecer um escopo mais específico para a capacidade jurisdicional de declarar legislações inválidas, mesmo que fosse definida a possibilidade apenas em relação às legislações que agridem pré-requisitos do constitucionalismo popular, como as liberdades individuais.

Trata-se, na maior parte, de um ceticismo em relação à permanência de alguma zona de *judicial review* em sentido forte, onde se confere ao judiciário a palavra final em relação à interpretação constitucional e submete-se a atividade política às interpretações jurisdicionais sobre a constitucionalidade – ou, para usar uma expressão de Ferrajoli (2018, p. 44), define-se a esfera do (in)decidível. O que não significa, para Tushnet (1999, p. 168), abdicar da ideia de direitos fundamentais judicialmente exigíveis, ainda que isto deva se transferir para a área dos *statutes*.

O segundo elemento é procedimental. Trata-se do *judicial review* em sentido fraco, que Tushnet (2006, p. 10) define como uma alternativa à supremacia judicial do *judicial review* em sentido forte. Aqui, desenha-se um diálogo entre jurisdição e a política institucional, com o encargo para os órgãos jurisdicionais de que expliquem a inconstitucionalidade percebida em determinada legislação, mas com a abertura para uma resposta legislativa.

Isto permitiria desde ajustes à legislação a, até mesmo, uma rejeição dos argumentos por uma maioria legislativa que manteria o teor original, preservando a palavra final nas mãos de um corpo institucional representativo. Evidentemente, ao mesmo tempo em que se superaria aquilo que Tushnet (2006, p. 22) chama de dificuldade contramajoritária, permite-se, teoricamente, a afirmação de dispositivos inconstitucionais, o que é um risco admitido ao se afirmar que, sem o *review*, o investimento de capital político e os incentivos eleitorais seriam suficientes para evitar maiores transtornos.⁵

5 Sobre este ponto, um exemplo ilustrativo é a crítica aos cálculos de capital político que envolvem a atividade legislativa. No Brasil, isto remete à recente discussão sobre a criminalização da violência política contra a mulher, onde uma maioria legislativa só se formou a partir da omissão das mulheres trans, justificada pelos parlamentares conservadores com os argumentos de que, após a vigência, o judiciário apontaria que a interpretação e aplicação compreenderia também mulheres trans, o que reduziria o gasto de capital político e permitiria que parlamentares conservadores votassem pela proposta.

Algumas observações sobre o contexto são relevantes. A primeira é que a linguagem dos direitos fundamentais na Constituição dos Estados Unidos possui uma estrutura lógica muito menos binária que nas constituições rígidas do segundo pós-Guerra, como a brasileira. Isto é ainda mais relevante considerando como a proposta de Tushnet (1999, p. 11) é construída, prestigiando as garantias de liberdade e igualdade, na esteira do preâmbulo da Declaração de Independência.

Estas disposições, que constituem aquilo que ele chama de Constituição fina, traduzem-se em uma linguagem muito distinta daquela mais rigorosa das constituições rígidas, que preveem direitos fundamentais estruturados – e por vezes redigidos – como regras. Entretanto, é importante reiterar que um dos principais pontos do constitucionalismo popular de Tushnet é devolver a Constituição à deliberação popular, estancando o esvaziamento da construção popular do direito constitucional operado pela supremacia judicial.

A saída de Tushnet (2020, pp. 249-250) não abdica, evidentemente, da ideia de direitos fundamentais inalienáveis e insuprimíveis, mas constrói um paralelo para esta linguagem característica do constitucionalismo rígido na ideia mais recente dos *super-statutes*, direitos fundamentais estabelecidos em legislação de forma popular, acima dos demais estatutos, e não sujeitos à *review*, mas, sim, ao *enforcement* pela jurisdição constitucional, oferecendo uma alternativa à supremacia judicial e sua contínua construção de *doctrines*, a serem substituídas por regras construídas democraticamente.

3 Jurisdição(neo)constitucional no Brasil: reposicionando a questão a partir das críticas de Tushnet

As críticas do constitucionalismo popular de Mark Tushnet ao *judicial review* são robustas, atravessando desde um sério ceticismo quanto à sua influência na garantia de direitos a, até mesmo, um ceticismo ainda maior de que haja diferenças tão marcantes

entre a atividade, na prática, da Suprema Corte e a atuação política do Congresso que justifiquem que este tenha seus atos legiferantes democráticos anulados por aquela. No fundo, Tushnet (1999, p. 157) também questiona se teorias seriam aptas a fazer o *judicial review* se aproximar do ideal teórico, ainda que uma teoria particular assumisse improvável hegemonia na Corte.

Se a atuação da Suprema Corte, cuja orientação ao ideal de uma jurisdição contramajoritária e juridicamente conservadora – em oposição a uma jurisdição criativa e invasora dos espaços típicos da atividade política democrática – é abandonada pelo constitucionalismo popular diante da percepção de uma influência partidária que se traduz em diferentes comportamentos diante das maiorias eventuais de sua composição, o cenário brasileiro não permite o otimismo.

No Brasil, é a Constituição Federal de 1988 que introduz uma jurisdição constitucional apta a apontar inconstitucionalidades dos dispositivos legais. Ao trazer a linguagem típica do constitucionalismo rígido dos direitos fundamentais universais, indisponíveis e insuprimíveis, e, acima de tudo, “vinculantes - de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal - e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos.” (Cademartori, 2007, p. 18).

Esta submissão da atividade política aos direitos fundamentais inaugura algumas relevantes frentes de discussão sobre a jurisdição constitucional, tanto nas discussões jurídicas sobre o modelo de jurisdição adequado quanto nas discussões sobre a judicialização da política e do ativismo judicial. No Brasil, as três discussões são simultâneas, ainda que as duas últimas sejam resultados dos desdobramentos da primeira, que é onde entram as questões do modelo de jurisdição.

O modelo de jurisdição, evidentemente, é vinculado pela própria redação e estrutura da Constituição de 1988, que dá aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais e fundamenta um sistema misto de controle de constitucionalidade, que em muito

expande a área de atuação do Supremo Tribunal Federal e também do Poder Judiciário como um todo. Por outro lado, a reconstrução da cultura institucional judiciária brasileira também é influenciada por um movimento teórico que visou a fornecer bases para teorizar esta passagem: o neoconstitucionalismo.

Utilizando a conhecida caracterização de Bobbio (2016, p. 130), que apresenta três concepções de positivismo jurídico – como forma de abordagem (identificação do direito a partir da legalidade), como teoria (concepção estatal) e como ideologia (que afirma como justo o direito positivo) –, Comanducci (2009, p. 84) apresenta um raciocínio similar que sintetiza a posição neoconstitucionalista, dando definições úteis do neoconstitucionalismo enquanto metodologia ou forma de abordagem, como teoria e como ideologia.

O neoconstitucionalismo metodológico, ou, enquanto forma de abordar o estudo do Direito, rejeita o pressuposto meta-teórico do positivismo jurídico da separação entre Direito e Moral, ou, como descreve o autor, a afirmação de que “es siempre posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo por tanto del Derecho como debería ser.” (Comanducci, 2009, p. 87). Esta rejeição é substituída por uma postura que compreende o Direito como reconectado à Moral, seja na forma de uma conexão necessária, ou, meramente empírica ao interpretar direitos fundamentais e princípios como valores morais dentro do direito positivo vigente.

Já o neoconstitucionalismo teórico visa a descrever e compreender os ganhos do constitucionalismo rígido do segundo pós-Guerra, afirmando uma falência de alguns dos pressupostos juspositivistas diante da nova realidade empírica. Três são afirmados como principais para Comanducci (2009, p. 83): o estatalismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo, com este sendo considerado talvez o ponto central de divergência e inovação do modelo neoconstitucionalista.

Para Comanducci (2009, p. 84), o traço distintivo central do neoconstitucionalismo é exatamente o abandono da perspectiva juspositivista de interpretação, especialmente no caso da jurisdi-

ção constitucional. Ferrajoli (2014, p. 129) afirma que isto se dá essencialmente porque o neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo principialista, não considera os direitos fundamentais como regras a serem aplicadas, mas como princípios a serem ponderados.

Conectado a estas duas concepções, há ainda o neoconstitucionalismo como ideologia, que para Comanducci (2009, p. 85) se traduz em substituir uma postura de desconfiança para com o poder estatal, do constitucionalismo liberal que visava a sua limitação e vinculação, por uma postura de apoio ao Estado Constitucional, que celebra os direitos fundamentais e pode também interpretá-los como morais também no senso de afirmar obrigações morais de concordância e compromisso com o seu conteúdo.

Esta postura de otimismo e celebração, combinada com uma abordagem de interpretação constitucional diferente, coloca, para Ferrajoli (2014, p. 129), a jurisdição como criadora, inovadora, em um papel substancialmente legislativo, que coloca a jurisdição entre as fontes do Direito. Não muito distante, por exemplo, da crítica de Tushnet (1999, p. 11) ao papel do judiciário de produzir *doctrines* que, na prática, afirma como uma colonização do debate e da interpretação da Constituição.

No plano institucional, o neoconstitucionalismo se constituiu como movimento de rejeição, especialmente ao que proponentes e defensores caracterizam como um formalismo interpretativo, conectado à cultura jurídica e institucional brasileira e associado ao juspositivismo. O papel criativo, que rejeita tanto o suposto formalismo interpretativo quanto o legicentrismo, é assumido no neoconstitucionalismo como caminho para se mover para além da inércia judicial e das cartas de direitos meramente programáticas.

O legicentrismo é rejeitado, sobretudo, por influência da concepção do *stare decisis*, que, como Ferrajoli (2014, p. 129) aponta, é traduzida para o pensamento constitucionalista europeu especialmente no Tribunal Constitucional Alemão na chamada jurisprudência dos valores. Se o que aparece no constitucionalismo

popular é uma crítica a um sistema de supremacia judicial, o que o neoconstitucionalismo faz é o transplante de um importante mecanismo desta supremacia judicial, agora descontextualizado.

Num sistema de *common law*, os precedentes se transformam em fontes do Direito especialmente por uma consideração mais ampla do Direito, que não é identificado exclusivamente ao direito positivo (legislado) diante do histórico cariz *bottom-up* do direito jurisprudencial anglo-saxão. Este abandono do legicentrismo trazido para outros sistemas jurídicos de matriz romano-germânica acabam se materializando, dentre outras coisas, num relevante questionamento da capacidade de limitação e vinculação da jurisdição, que, ao se submeter à legislação representativa, legitima a sua atuação contramajoritária.

Evidentemente, esta legitimação é estabelecida no neoconstitucionalismo a partir de seu otimismo em relação ao Estado, enquanto o constitucionalismo clássico desconfia e exige sua limitação e vinculação. O papel criativo da jurisdição, bem como a colocação da jurisdição como fonte de Direito⁶, deixa de significar uma interface entre instituições e comunidade jurídica (*bottom-up*) para significar um desbalanço na tripartição entre poderes, onde a representatividade insere na dinâmica institucional (*top-down*) um mecanismo majoritário capaz de vincular a jurisdição, submissa à lei.

No Brasil, o neoconstitucionalismo significou esta expansão da concepção de jurisdição de forma errática. Ainda que a trajetória tenha *leading cases* relevantes, ela espelha em muito a observação empírica do constitucionalismo popular estadunidense sobre o papel marginal da jurisdição na garantia de direitos em sede de *judicial review*. Ainda, até mesmo o papel relativo à aplicação dos dispositivos constitucionais e do julgamento de ações de competência originária também é misto.

Há também que se retomar o que lembram pesquisadores da ciência política como Arantes (2005, p. 234), que é a expansão exponencial do acesso à justiça e a forma como ele se materializa,

⁶ Importante destacar: a crítica à jurisdição como fonte do Direito se refere ao seu tratamento como fonte direta, e não como fonte subsidiária em questões não completamente solucionadas pela redação constitucional e legislativa. Nestes casos, o recurso à jurisprudência não é, como no neoconstitucionalismo, uma relativização dos vínculos e limites legais, mas sim um recurso interpretativo que ajuda a significar e aplicar os vínculos existentes diante de novas, diferentes e complexas situações que, ressalte-se, compreendem uma minoria das questões trazidas à jurisdição constitucional hoje.

naquilo que costuma-se chamar como judicialização da política, aqui utilizada pelo autor citado em uma acepção teórica descritiva⁷. Sob a égide da expansão interpretativa e conceitual neoconstitucionalista, a colocação de um número expressivo de demandas alargou o papel político do Supremo Tribunal Federal.

E tal qual teme Tushnet (1999, p. 159) sobre a capacidade das teorias de devolver a jurisdição ao seu papel ideal, as teorias não foram capazes de ordenar ou informar adequadamente a forma como o Supremo Tribunal Federal respondeu às inúmeras demandas. Pode-se elencar três questões: (1) a divergência teórica entre os integrantes, que leva a uma pluralidade de acepções distintas sobre a jurisdição; (2) a combinação contraditória de acepções teóricas incompatíveis entre si (Kuhn, 2019, pp. 80-81) e (3) a articulação incoerente das teorias escolhidas (Morais, 2013, pp. 217-219).

4 Entre neoconstitucionalismo e constitucionalismo popular: apontamentos garantistas

O constitucionalismo garantista é a concepção do Estado Constitucional como um reforço do positivismo jurídico tradicional. Diferentemente de uma substituição do juspositivismo ao se reconectar Direito e Moral, tem-se um reforço que é, como diz Ferrajoli (2014, p. 9), o condicionamento da validade das leis não apenas ao procedimento formal de sua criação, mas à substância dos direitos fundamentais que entram nas constituições a partir do segundo pós-Guerra.

A perspectiva antiga do direito moderno, ou o que Ferrajoli (2018, p. 62) chama de primeiro momento constituinte da modernidade jurídica, deixou como legado a transformação do direito em instrumento e linguagem da política, fundado em um único postulado normativo de caráter unicamente formal: o princípio da

⁷ Há a possibilidade de que o conceito seja utilizado de forma crítica ou normativa, cuja fecundidade teórica é esboçada e defendida a partir de uma concepção garantista (CADEMARTORI & KUHN: 2020; 65).

legalidade. O constitucionalismo rígido, por outro lado, traduz-se em um segundo momento constituinte da modernidade jurídica: internaliza um projeto político, colocando dentro do direito o seu próprio dever-ser.⁸

O garantismo é uma filosofia política que impõe ao direito e ao estado a carga da justificação externa acerca dos bens e valores que justificam a sua existência (Ferrajoli, 1995, p. 853). Por tal razão, resgata a centralidade de um elemento clássico do positivismo jurídico antigo, que é a separação entre Direito e Moral, corolário do princípio da legalidade, como significado também dos pontos de vista interno e externo do direito, e expande esta noção com o ângulo da justificação externa, que coloca a primazia do ponto de vista externo como parâmetro para a questão da legitimidade (Cademartori, 2007, pp. 209-210).

Neste sentido, o garantismo se materializa num modelo de constitucionalismo que condiciona a legitimidade política no plano externo e a validade das leis no plano interno no que diz respeito aos direitos fundamentais previstos nas constituições, bem como impõe a criação das garantias fortes, que deem efetividade a esses direitos (Ferrajoli, 2014, p. 10). É deste ponto de partida, portanto, que o garantismo supera a noção formal de democracia e também o juspositivismo clássico.

Da noção formal de democracia do constitucionalismo liberal, onde qualquer conteúdo pode ser transformado em direito positivo mediante um procedimento formal correto, passa-se a uma democracia substancial desenhada pelos direitos fundamentais, e que permite a observação de uma outra forma de divisão das funções do Estado. No lugar da separação de Poderes, a divisão de funções em funções de governo e funções de garantia. Nas palavras do autor:

Le funzioni di governo disegnano lo spazio della politica, i cui parametri di valutazione sono l'efficienza e l'utilità, per gli interessi generali, dei risultati ottenuti. Le funzioni di ga-

8 O aspecto deontológico interno ao direito implica que toda a produção normativa infraconstitucional deve adaptar-se aos mandamentos da Constituição. O dever-ser *no* direito exige, portanto, análises de validade das normas e não somente de vigência (Ferrajoli, 1995, pp. 871-872)

ranzia corrispondono invece allo spazio della giurisdizione e dell'amministrazione vincolata, i cui criteri di valutazione sono la correttezza e la fondatezza degli accertamenti dei loro presupposti legali e l'effettività degli adempimenti richiesti. (Ferrajoli, 2007, p. 872).

Neste mapa, no lugar de falar sobre a tripartição dos poderes, o constitucionalismo garantista fala sobre a divisão entre as funções de governo do Legislativo e do Executivo – já que possuem a mesma base de legitimidade – e a separação destas em relação ao Judiciário⁹. E é a partir deste esquema que pode-se definir a jurisdição constitucional dentro do constitucionalismo garantista, como uma função de garantia vinculada pelos direitos fundamentais.

A concepção garantista da jurisdição constitucional tem por objeto a constatação da violação de garantias primárias e a aplicação de garantias secundárias¹⁰, ou, em outros termos, a denúncia do direito inválido tanto na forma dos atos ilícitos, que solapam o direito válido e vigente, quanto na forma dos atos comissivos ou omissivos que resultam em lacunas ou antinomias em sentido forte (Ferrajoli, 2007, p. 688): a inexistência de leis infraconstitucionais que sejam garantias para os direitos fundamentais ou a existência de leis infraconstitucionais que violam direitos fundamentais¹¹.

No caso das antinomias, são resolvidas pela anulação, que caberá à jurisdição constitucional, tanto em âmbito difuso quanto em âmbito concentrado no caso do modelo híbrido brasileiro. Já no caso das lacunas, elas são resolvidas por atos decisórios das funções de governo, e portanto o papel da jurisdição constitucional é o de exigir a produção destas decisões, como define o próprio Art. 8º da Lei 13.300/2016, que regulamenta o Mandado de Injunção no Brasil.

9 É evidente que há funções de garantia nas atribuições dos outros poderes, como, por exemplo, a atuação do Poder Executivo referente às garantias primárias do direito fundamental à saúde. O mesmo também pode ser dito sobre o Judiciário e as funções de governo, já que há âmbito de atuação administrativa na definição, por exemplo, de políticas judiciais como os mutirões, a semana da conciliação etc. Estes aspectos, entretanto, são menos eminentes na atuação destes Poderes.

10 Entendidas as garantias primárias como as proibições de violações de liberdades e/ou obrigações de concretização dos direitos sociais, e as garantias secundárias como os remédios processuais a essas antinomias e lacunas.

11 Importante reiterar: lacunas e antinomias fracas são todas aquelas que geram impasses que podem ser resolvidos na interpretação, como um conflito entre normas de hierarquia distinta ou a aplicação analógica de um dispositivo legal. Já as lacunas e antinomias em sentido forte são as incoerências estruturais do ordenamento, seja num mandamento de produção das garantias que foi descumprido pela omissão legislativa ou uma legislação que ativamente fere direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo se posiciona como uma abordagem pós-positivista do direito, que compreende a entrada de princípios e direitos fundamentais como uma negação da separação entre Direito e Moral (Ferrajoli, 2014, p. 97). Ainda que muito distintas as várias formas com as quais os diferentes teóricos desta vertente fazem esta aproximação¹², o traço comum é o tratamento dos princípios e direitos fundamentais como normas jurídicas estruturalmente diferentes das regras.

É a partir desta distinção que o constitucionalismo principialista adota a postura de que a normatividade dos princípios e direitos fundamentais é relativa, diferentemente da normatividade forte das regras que são aplicadas mediante raciocínios subsuntivos (Ferrajoli, 2014, p. 10). A relatividade, que coloca direitos fundamentais e princípios sob a égide de uma jurisdição muito mais próxima da legislação – sem legitimidade para tanto – permite a observação de uma atuação institucional cada vez mais distante do ideal contramajoritário e juridicamente conservador.

Este ideal, afirmado na estrita submissão da jurisdição aos direitos fundamentais e ao direito válido, choca-se com a observação prática de uma atuação errática que não é tão distante da realidade jurisdicional maior, mas que tem consequências críticas na arena da revisão judicial das leis, uma das primordiais tarefas do Supremo Tribunal Federal. Neste ponto, são fecundas as críticas de Tushnet (1999, p. 11) sobre como as decisões em sede de *judicial review* falam sobre aspectos profundos de uma democracia constitucional.

Neste sentido, o constitucionalismo garantista se assenta numa aceção de jurisdição constitucional que é juridicamente conservadora, e não inovadora: ao limitá-la ao papel cognoscitivo de aplicação da lei, a jurisdição evita intrometer-se nos espaços legítimos da política, sendo conservadora da esfera do indecidível, ou seja, preservando e aplicando direitos fundamentais, bem

12 No caso de Alexy, trata-se do acréscimo da pretensão de correção dos argumentos jurídicos que conectaria o direito à justiça, e, portanto, à moral. Em Dworkin, por exemplo, esta conexão é intrínseca, já que a fase tardia de Dworkin coloca o Direito como um ramo da moralidade política.

como as normas procedimentais que criam e delimitam, junto com os direitos fundamentais, o espaço legítimo e discricionário da atividade política.

Há uma clara distinção de abordagens, entretanto, entre os principais objetivos do constitucionalismo popular de Tushnet e as preocupações do constitucionalismo garantista de Ferrajoli, o que se materializa em diferentes formas de criticar o estado atual da jurisdição constitucional. Para Tushnet (1999, p. 154), trata-se de observar o caráter insulado da Suprema Corte, e como ele é prejudicial para o programa constitucionalista popular de devolver a Constituição às pessoas.

Nisto, um *judicial review* como o atual estaria como forte obstáculo ao sequestrar as discussões, interpretações e aplicações do direito constitucional no cotidiano, o que não significa dizer que se trariam avanços na garantia de direitos fundamentais. A perspectiva, entretanto, é a de que o modelo atual não significa avanços que justifiquem as consequências da percebida supremacia judicial em relação à democracia e à participação e engajamento dos cidadãos no constitucionalismo.

A perspectiva garantista, entretanto, tem olhos à legitimidade do Estado condicionada à garantia de direitos fundamentais, orientada à denúncia das margens de ilegitimidade observadas no discurso e prática das instituições. Neste ponto, a denúncia dos afastamentos estruturais da jurisdição em relação aos direitos fundamentais que a legitimam é um afastamento da postura cognoscitiva da jurisdição que não sugere, entretanto, abraçar uma perspectiva teórica fatalista.

Veja-se que Tushnet (1999, p. 168) reconhece a necessidade de uma jurisdição constitucional em moldes similares ao que se propõe no garantismo: a de aplicação de regras. Na sua proposta, isso se faria ao limitar o *judicial review* à aplicação de *statutes* que seriam elaborados como um catálogo de direitos fundamentais, o que, posteriormente, aparece em sua obra como *super-statutes* (Tushnet, 2020, pp. 249-250). Ao mesmo tempo, entretanto, o mo-

delo acaba por aceitar a impossibilidade de um caráter cognoscitivo da jurisdição, presumindo impossível um *judicial review* que denuncie o direito inválido.

Mais ainda, se o ceticismo sobre as antinomias e a anulação de normas inválidas já não fosse suficiente, Tushnet (1999, pp. 169-170) apresenta desconfiança ainda maior de uma noção de direitos sociais judicialmente exigíveis, afirmando a partir de referências europeias que há pouca equivalência entre a constância deles nas cartas constitucionais e a robusteza de políticas públicas em sua garantia. O que pode ser o caso do Reino Unido, sem constituição escrita, mas certamente não é o caso brasileiro, vide a questão das garantias expressas relativas aos direitos sociais no orçamento – pervertidas ilegitimamente pela EC nº 95.

Evidentemente que a mobilização popular em relação ao constitucionalismo é relevante, e é também preocupação do pensamento garantista não por um abandono da questão jurídica, que é central, mas exatamente em decorrência. O pensamento juspositivista é, em primeiro lugar, um pensamento sobre a mutabilidade do Direito, e, portanto, de sua transformação constante através da política, que passa também por “reformas idóneas para devolver a la sociedad los lugares de formación de la voluntad popular.” (Ferrajoli, 2018, p. 84).

Nisto, compartilha-se a percepção de que há um crescente insulamento dos espaços da política, o que Tushnet (1999, p. 154) percebe na jurisdição, e Ferrajoli (2018, p. 84), na estatalização dos partidos políticos. A divergência clara, todavia, é que o espaço da jurisdição não é concebido normativamente como representativo, e a solução de Tushnet passa por conceber um modelo teórico onde aspectos percebidos como políticos da jurisdição passariam à arena da política, resolvendo assim a questão da representatividade.

Para o garantismo, entretanto, os desvios que levam a uma crise da jurisdição contramajoritária tradicional requerem uma concepção teórica específica que afirme o escopo de submissão aos direitos fundamentais, e de sua aplicabilidade como regras

fortes e não como princípios ponderáveis, já que é exatamente a submissão que garante o controle representativo e a vinculação da jurisdição, o que se dá através da política representativa, tanto nas garantias infraconstitucionais quanto no poder constituinte originário e derivado, o que remete à questão da tirania do passado.¹³

Evidentemente, a saída para a questão da jurisdição neoconstitucionalista e as distorções relativas à democracia e aos direitos fundamentais podem em muito aprender com as críticas do constitucionalismo popular aos problemas da supremacia judicial. Ao mesmo tempo, entretanto, não é um abandono ainda maior da vinculação e limitação da jurisdição – e que concentraria ainda mais poder no Legislativo já muito protagonista na estrutura jurídico-política do Brasil – que vai contribuir em aprofundar o compromisso da institucionalidade brasileira com os direitos fundamentais.

5 Considerações finais

O constitucionalismo popular afirmado no pensamento e obra de Mark Tushnet certamente compartilha de várias das preocupações garantistas com o estado de coisas da jurisdição constitucional. A diferença das culturas institucionais, contudo, faz com que o constitucionalismo popular trabalhe a partir do pressuposto de uma politização irreversível que poderia, ao menos, ser retornada aos órgãos representativos, o que, se não traria benefícios na garantia de direitos, traria à saúde da democracia.

Ao mesmo tempo, a estruturação institucional brasileira, confiante em uma juridicidade *top-down* típica aos sistemas de *civil law*, tem diferenças nítidas que recomendam uma cautela grande ao se adotar prescrições – e até mesmo descrições – vindas do constitucionalismo popular. A primeira, diz respeito ao próprio

¹³ "En efecto, el principio del constante derecho de todas las generaciones a decidir sobre su futuro vale, con paradoja aparente, para sostener la tesis exactamente opuesta a la de la existencia de un permanente y radical poder constituyente como expresión de la soberanía popular: justo, para sostener la tesis de que precisamente la rigidez de la constitución es una garantía esencial de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los poderes de las futuras mayorías. Es así porque, según esto, debe impedirse, cuando menos, la revisión de los principios constitucionales supremos puestos para salvaguardia futura de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría: como el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los mismos derechos de libertad y los derechos sociales, que son el presupuesto elemental del ejercicio consciente de los derechos políticos. Dicho de otro modo, la rigidez ata las manos de las generaciones presentes en cada ocasión, para impedir que estas amputen las manos de las generaciones futuras." (Ferrajoli, 2014, p. 64).

fato do modelo de jurisdição constitucional remanescente num constitucionalismo popular como o trabalhado neste artigo, que seria uma jurisdição sem *judicial review*, mas com aplicação de direitos elaborados em *super-statutes*.

Numa primeira leitura, parece-se sugerir que isto poderia se implementar no Brasil como uma rejeição total da jurisdição constitucional atual, como um repúdio contra a supremacia judicial que atingiria tanto a realidade neoconstitucionalista quanto a alternativa do constitucionalismo garantista. Ao mesmo tempo, a leitura mais detida da proposta popular e também das críticas de Ferrajoli ao neoconstitucionalismo mostram que o modelo ideal garantista é surpreendentemente similar ao popular, mas numa discussão diferente.

Enquanto Tushnet defende a retirada do *judicial review*, que não abdicaria de uma linguagem de direitos fundamentais, deixando apenas *statutes* aplicáveis mediante subsunção, Ferrajoli fala exatamente de uma espécie de supremacia judicial: a que interpreta direitos fundamentais não como regras a serem aplicadas subsuntivamente, mas como princípios ou valores que são aplicados mediante ponderação e que transcendem o aspecto cognoscitivo da jurisdição.

Na prática, a jurisdição (neo)constitucional brasileira tem funcionado como uma supremacia judicial que, igualmente, não se materializa num judiciário vanguardista em matéria de garantia de direitos fundamentais. Desta perspectiva, o diálogo entre o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo deve ser mutuamente frutífero, a partir de uma preocupação comum: os problemas democráticos da aceção de uma instituição que não tem legitimidade representativa realizando deliberações típicas à esfera do decidível.

Referências

ARANTES, Rogério B. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Eds.). **The judicialization of politics in Latin America**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2005. p. 231-262.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de Direito e Legitimidade**, 2. ed. rev. e ampl. Campinas: Millenium, 2007.

CADEMARTORI, S. U. de; KUHN, L. B. Do Constitucionalismo Garantista A Uma Nova Abordagem Para A Judicialização Da Política. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2., 2020, On-Line. **Anais do II Encontro Virtual do CONPEDI**, Florianópolis, SC: CONPEDI, 2020, p. 63-78. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/6jpgc4p4/aT0JSjUJR9Ue1L8M.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **La democracia a través de los derechos**: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

_____. **Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. 1. eded. Bari: Laterza, 2007.

_____. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Trotta, 2018.

KUHN, Lucas Bortolini. **Da separação à autonomia recíproca entre Direito e Moral**: o constitucionalismo garantista e a jurisdição constitucional democrática. 2019. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito e Sociedade - Universidade La Salle, Canoas, 2019.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

POZEN, David. Judicial Elections as Popular Constitutionalism. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 110, p. 2047-2134, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2665&context=faculty_scholarship. Acesso em: 9 ago. 2021.

TUSHNET, Mark V. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 41, p. 1-22, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/240/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

_____. **Taking back the Constitution**: Activist Judges and the Next Age of American Law. Londres: Yale University Press, 2020.