

A Jurisdição Constitucional e o julgamento do Recurso Extraordinário 1008166/SC

PEDRO FILIPE ARAÚJO DE ALBUQUERQUE*

Resumo: A história do Direito Constitucional se desenvolveu intimamente ligada à pergunta de quem deve ser o guardião da Constituição e controlar a constitucionalidade das normas. Neste trabalho, são tecidas considerações sobre o surgimento da jurisdição constitucional nos Estados Unidos da América, cujo principal marco histórico foi o caso *Marbury vs. Madison*. Em seguida, analisa-se a formação da jurisdição constitucional na Europa, no contexto da realidade da Alemanha e da Áustria, refletindo-se sobre o célebre debate teórico travado por Kelsen e Schmitt. Por fim, faz-se uma análise do julgamento do RE 1008166/SC.

Palavras-chave: Guardiã; Constituição; Controle de constitucionalidade.

Abstract: The history of Constitutional Law developed closely linked to the question of who should be the guardian of the Constitution and control the constitutionality of norms. In this work, considerations are made about the emergence of constitutional jurisdiction in the United States of America, whose main historical landmark was the case *Marbury vs. Madison*. Besides, the formation of constitutional jurisdiction in Europe is analyzed, in the context of the reality of Germany and Austria, reflecting on the famous theoretical debate held by Kelsen and

* Procurador do Município de João Pessoa/PB, advogado e professor. Procurador-Chefe da Procuradoria da Secretaria de Administração da PGM João Pessoa. Mestrando em Direito Constitucional no Programa de Pós Graduação da Unibrasil de Curitiba/PR. Membro das Comissões Estaduais de Advocacia Pública e de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional da Paraíba.
| ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-7290-1103>
| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0769742717309880>

Schmitt. Finally, an analysis of the judgment of RE 1008166/SC is made.

Keywords: Guardian; Constitution, Judicial review.

Enviado em 3 de outubro de 2023 e aceito em 11 de dezembro de 2023.



Introdução

Durante o processo constituinte da Carta de 1988, além de uma preocupação com a liberdade individual após as sequelas deixadas pelo regime militar, havia um forte anseio de que esse documento jurídico fosse um instrumento transformador da realidade social. Foi adotado o Estado Social como princípio estruturante da Constituição Federal, impondo à República Brasileira ambiciosos objetivos (artigo 3º), como a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso III); a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

A história do Direito Constitucional se desenvolveu intimamente ligada à pergunta de quem deve ser o guardião da Constituição e controlar a constitucionalidade das normas. Ao longo dos anos, diversos juristas e acadêmicos se propuseram a respondê-la, o que resultou em vasta literatura jurídica e político-filosófica sobre o tema. Nesse contexto, este trabalho propõe uma reflexão sobre essa indagação, por meio de uma

investigação histórica e doutrinária sobre teorias notáveis que foram desenvolvidas nos últimos séculos da história humana.

Inicialmente, são tecidas considerações sobre o surgimento da jurisdição constitucional nos Estados Unidos da América, cujo principal marco histórico foi o caso *Marbury vs. Madison*. Em seguida, analisa-se a formação da jurisdição constitucional na Europa, no contexto da realidade da Alemanha e da Áustria, refletindo-se sobre o célebre debate teórico travado por *Kelsen e Schmitt*. Em seguida, faz-se uma reflexão de filosofia política e do direito relativamente à jurisdição constitucional que vigora no Brasil.

Por fim, faz-se uma análise do julgamento do Recurso Extraordinário 1008166/SC, em que o STF, a fim de dar efetividade às normas constitucionais, entendeu que o Município tem o dever constitucional de assegurar às crianças entre zero e cinco anos de idade o atendimento em creche e pré-escola.

Esta pesquisa adotou o método dedutivo, partindo-se de premissas para se chegar a uma conclusão. Além disso, a técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, por meio de revisão de literatura jurídica e não jurídica, mediante inspeção de diversos livros, artigos

científicos e textos publicados por acadêmicos.

I. Surgimento da jurisdição constitucional nos Estados Unidos da América: *Marbury vs. Madison*

“A *Law repugnant to the Constitution is void*”¹ (uma lei contrária à Constituição é nula). Com essas palavras, em 1803, nos autos do caso *Marbury vs. Madison*, o lendário Chief Justice Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, declarou inconstitucional uma lei aprovada pelo Congresso norte-americano e sancionada pela Casa Branca, apesar de a Constituição americana nada dizer sobre controle de constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional².

Marbury vs. Madison é considerado, por muitos, o marco fundador do controle de constitucionalidade. Entretanto, cumpre informar que esse tipo de controle já era conhecido nos Estados Unidos da América. Isso pode ser comprovado mediante a análise do artigo nº 78 da obra “O Federalista” de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. Além disso, o controle de constitucionalidade outrora foi adotado expressamente nos casos *Cooper vs. Telfair* (1800) e *Ware vs. Hylton* (1796)³.

Além disso, o julgamento em questão tem papel destacado por auxiliar a reflexão do papel da Corte Constitucional em uma democracia, sobretudo quando se debate sobre temas como ativismo judicial e contenção do Poder Judiciário. Para Olken, *Marbury* é um marco da cultura americana constitucional que simboliza tanto as virtudes quanto os vícios da *judicial review*.⁴

Em 1801, após o candidato dos federalistas, Aaron Burr, ter sido derrotado pelo republicano Thomas Jefferson, nas eleições para a Presidência da República, o então Presidente dos Estados Unidos da América, John Adams, federalista, aprovou o chamado *Judiciary Act*, criando novos cargos de juízes (*circuit judges*). No apagar das luzes de seu mandato, Adams correu contra o tempo para nomear e empossar juízes antes que a oposição assumisse a Presidência. O episódio ficou conhecido como o caso dos *juízes da meia-noite*⁵.

Diante disso, em reação, os republicanos revogaram o *judiciary act*, em 1802, extinguindo os novos cargos de juiz e exonerando os juízes que haviam sido nomeados por Adams, por acreditar que ele havia usado suas prerrogativas de forma fraudulenta, aparelhando o Poder Judiciário para atuar de forma parcial em favor dos federalistas. Por outro lado, os republicanos sustentaram que a revogação citada violou a independência judicial insculpida na Constituição americana.

¹ Estados Unidos da América. **Marbury v. Madison (1803)**. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison#page-header>. Acesso em: 25 jun. 2024.

² ALBUQUERQUE, Pedro Filipe Araújo de; NEGREIROS, Gustavo Troccoli Carvalho de. 220 anos de *Marbury vs. Madison*. **Revista Consultor Jurídico**, 8 mai. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-08/negreiros-albuquerque-220-anos-marbury-vs-madison>. Acesso em: 25 jun. 2024.

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 84.

⁴ OLKEN, Samuel R. **The Ironies of *Marbury v. Madison* and John Marshall’s Judicial Statesmanship**. *John Marshall Law Review*, Vol. 37, p. 391-439, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2515907>. Acesso em: 21 mai. 2023.

⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** São Paulo: Lumen Juris, 2022.

A celeuma foi parar na Suprema Corte, mediante a proposição de três ações judiciais. Duas foram propostas por juízes afastados (*circuit judges*), Reed e Stuart. A outra foi proposta por William Marbury, que havia sido nomeado para um cargo menos relevante, Juiz de Paz, mas não tinha tomado posse, tendo em vista que o atual Secretário de Estado, James Madison, recusava-se a dar-lhe posse. Reed desistiu do pleito, então a Suprema Corte passou para o julgamento do Marbury vs. Madison.

Nesse contexto, o Justice Marshall, seguiu o raciocínio do artigo nº 78 da obra “O Federalista” de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay⁶, que, por sua vez, versaram no sentido de que “a interpretação das leis é o terreno próprio e particular dos tribunais” e que “uma Constituição é, de facto, e assim deve ser olhada pelos juízes, uma lei fundamental”. Diante disso, anotaram que “pertence-lhes (aos tribunais) averiguar o seu significado, bem como o significado de qualquer lei particular procedente do corpo legislativo” e arremataram que “a Constituição deve ser preferida ao decreto (do Legislativo)”, ou seja, deve prevalecer a intenção do povo, constante na Constituição, à intenção dos seus agentes eleitos.

Assim, Marshall exarou decisão, estabelecendo que “*the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void*”, ou seja, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos da América confirma e fortalece o princípio,

supostamente essencial a todas as Constituições escritas, de que a lei contrária à Constituição é nula. Com essa decisão, o Chief Justice John Marshall consagrou o princípio da *judicial review* americana, importante estrutura do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) da República, e passou a influenciar todas as democracias do mundo com seu histórico julgamento.

Rodrigo Brandão aponta que esse raciocínio deriva de alguns fatores⁷. Inicialmente, assenta a supremacia da Constituição, tendo em vista que a carta fundamental está em patamar superior em relação às leis, tendo em vista que estas são resultado de representantes eleitos, ao passo que aquela deriva do poder constituinte, exercido em assembleia constituinte legítima.

De outra banda, a Constituição é garante do Estado de Direito, na medida em que limita os poderes instituídos, estabelecendo sistemas de freios e contrapesos. Dessa forma, manifestações de um poder não devem suplantar os limites estabelecidos pelo constituinte.

Além disso, ressalta a questão de que a natureza legal da Constituição, que, como norma fundamental, sobrepõe-se hierarquicamente às leis ordinárias. Comenta também que o Judiciário tem maior capacidade para interpretação da Constituição. Isso porque, considerando o princípio da imparcialidade e que os Juízes não são políticos eleitos pelas maiorias, o Judiciário pode proteger os direitos fundamentais de minorias em face de tiranias de maiorias de ocasião, em seu papel contramajoritário.

⁶ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, págs. 685-686.

⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2022, p. 39.

Nos autos do processo, Marshall⁸ ressalta que “*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*” e que “*Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule*”. Em outras palavras, adotou-se o raciocínio de que é dever do Poder Judiciário dizer o que é o Direito e que os aplicadores do Direito, nos casos concretos, devem explicar e interpretar as regras.⁹

Analisando o caso aqui debatido, Clève e Lorenzetto¹⁰ enfatizam que os elementos históricos envolvidos na questão contribuem para o entendimento da dimensão política do agir institucional da Corte Constitucional. Isso porque demonstram o tangenciamento da questão política pela jurisdição constitucional, desde seu nascedouro.

Isso pode ser visto, mediante análise do resultado ambivalente do julgamento de *Marbury vs. Madison*¹¹. A Suprema Corte, ao passo em que indeferiu a pretensão de *Marbury*, sob o fundamento de que não tinha competência constitucional para julgar a situação fática, afirmou que tinha competência para exercer controle de constitucionalidade sobre as leis. Em uma só “tacada”, Marshall assentou a base para construção da jurisdição constitucional e

exarou julgamento que não desafiou a autoridade do Poder Executivo.

Como visto, *Marbury vs. Madison* é um marco inaugural da jurisdição constitucional, tendo em vista que a Corte Constitucional reivindicou expressamente o papel de controle de constitucionalidade das leis. Embora se utilizem do julgado para fundamentar teorias de supremacia judicial, quanto à última palavra na interpretação constitucional, observa-se que *Marbury vs. Madison* não traz elementos suficientes que possam justificar esse raciocínio.¹²

Na realidade, o que fica evidenciado, nessa história, é a supremacia constitucional. No julgamento, Marshall afirmou que “*Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void*”.

Como visto, Marshall deu à Constituição o *status* de Lei Fundamental, que está acima das leis ordinárias. Por conseguinte, uma lei ordinária que atenta contra a Constituição é uma lei nula. Disso extrai-se que *Marbury vs. Madison* é, com efeito, um caso em que se adotou a supremacia constitucional¹³, e não necessariamente a supremacia judicial.

Por fim, é oportuno assinalar que *Marbury vs. Madison* se alinha ao controle de constitucionalidade concreto (também chamado de “ação judicial” – *Richterklage*),

⁸ Estados Unidos da América. **Marbury v. Madison (1803)**. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison#page-header>. Acesso em: 21 mai. 2023.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 80.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 82.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 83.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 82.

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 83.

que é aquele que se associa ao controle de constitucionalidade difuso e incidental, desenvolvido pelo Judiciário no exercício do julgamento de casos concretos que chegam para solução jurisdicional.

Nessa toada, Canotilho¹⁴ comenta que o controle concreto dá “operatividade prática à ideia da *judicial review* americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude de sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas”.

II. Surgimento da jurisdição constitucional na Europa: *Kelsen vs. Schmitt*

Mais de cem anos depois de *Marbury vs. Madison*, a Europa, no que se refere à jurisdição constitucional, toma um rumo diferente dos americanos, tendo, como um de seus expoentes o jurista austríaco Hans Kelsen, que, apesar de certamente ter sido influenciado por *Marbury vs. Madison*, estabeleceu uma nova era para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

Após a Primeira Guerra Mundial, a queda das monarquias se intensificou, predominando, na Europa, a ideia de democracia representativa. Nesse contexto, surge a Constituição da Áustria de 1920, marcadamente influenciada pelo jurista Hans Kelsen. No final de outubro de 1918, Kelsen foi convidado pelo Chanceler Karl Renner para participar, como jurista e técnico jurídico, na elaboração da Constituição Austríaca¹⁵.

Essa carta ficou consagrada como um importante marco fundamental para a implantação do controle de constitucionalidade no velho continente¹⁷. Ressalta-se que existiram algumas experiências de controle de constitucionalidade anteriores à Constituição austríaca de 1920, como a Constituição da Suíça de 29 de maio de 1874, porém sem grande repercussão¹⁸.

Nesse contexto, na Alemanha, vigorou a República de Weimar (1919-1933), regida pela Constituição Alemã de 1919, também conhecida como a Constituição de Weimar. A carta, em um contexto de crise do Estado Liberal, consagra a ascensão do Estado Social. Ela inovou ao prever importantes direitos sociais, como os relativos ao trabalho e à educação.

Em 1925, na Alemanha, o Tribunal do Estado (*Reichsgericht*), em um julgamento que envolveu a validade de uma norma que estabeleceu distinção entre índices de

Democracia. Vol. 26. Curitiba: Unibrasil, 2021, págs. 258-277. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdf/article/view/2185/689>. Acesso em: 22 mai. 2023.

¹⁴ “Foi Karl Renner, em sua posição de Chanceler, quem confiou a Kelsen, na primavera de 1919, a tarefa de redigir os vários projetos constitucionais. O primeiro, o chamado K-I, foi certamente o mais *laenderfreundlich* (favorável aos *Laender*). Ele foi inspirado na Constituição Suíça de 1874, prevendo uma solução federal, com a equalização das Câmaras Federal e dos *Laender* e a considerável independência da legislação regional em relação a da Federação (*Bund*). (Schmitz, 1981, p. 114; Schmitz, 1991, p. 49-59).” (LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca 1918 - 1929. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia.** Vol. 26. Curitiba: Unibrasil, 2021, p. 258-277. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdf/article/view/2185/689>. Acesso em: 22 mai. 2023).

¹⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** São Paulo: Lumen Juris, 2022, p. 65.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 900-901.

¹⁵ LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca (1918 - 1929). **Revista Direitos Fundamentais e**

correção monetária, considerando a espécie de débito, afirmou que tinha competência para controlar a constitucionalidade de leis federais alemãs¹⁹. Essa decisão causou intenso debate jurídico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sobre quem seria a entidade adequada para ser a guardiã da Constituição. Valadão²⁰ enfatiza que o “antagonismo entre Schmitt e Kelsen acabaria por se tornar o mais célebre, intenso e significativo da *Methodenstreit* de Weimar”.

A discussão entre Kelsen e Schmitt aconteceu em um contexto de crise do sistema político liberal advindo do século XIX, que não mais respondia às necessidades das primeiras décadas do século XX. Lorenzetto²¹, ao sintetizar a polêmica entre Schmitt e Kelsen sobre quem deve ser o Guardiã da Constituição, elucida que “enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do *Reich* a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo)”.

Diferentemente de Kelsen, Schmitt opinou contra a ideia de posicionar a Corte Constitucional como guardiã da Constituição. Para ele, a função judicial deveria ser a decisão de casos, por meio da aplicação do ordenamento jurídico, e não a discussão, em abstrato, dos conteúdos das normas.

¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? São Paulo: Lumen Juris, 2022, p. 66.

²⁰ VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 300.

²¹ LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardiã da Constituição. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf. Acesso em: 21 mai. 2023.

Entender de modo diverso poderia converter a função judicial em função que cria direito e não se limita a discutir, tipificar e subsumir os fatos à norma.²²

Schmitt²³ define democracia da seguinte forma:

Democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma del Gobierno o de la Legislación) es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen. (...) Por lo tanto, la fuerza o autoridad de los que dominan o gobiernan no ha de apoyarse en cualesquiera altas cualidades inaccesibles al pueblo, sino sólo en la voluntad, el mandato y la confianza de los que han de ser dominados o gobernados, que de esta manera se gobiernan en realidad a sí mismos. De este modo recibe su sentido ideológico la expresión de que la Democracia es una dominación del pueblo sobre sí mismo. Todas las tendencias e instituciones democráticas, tales como la igualdad y equiparación de derechos en los más distintos terrenos, sufragio universal y su extensión cada vez mayor a hombres y mujeres, rebaja de la edad para votar, reducción de los períodos electorales (diputaciones), disolución de los Parlamentos, responden a ese esfuerzo por realizar la identidad de gobernantes y gobernados.

Em outra oportunidade, Schmitt defendeu a existência de um poder neutro para solucionar as divergências de opinião e diferenças entre os atores políticos e poderes constituídos, por meio de atribuições

²² LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardiã da Constituição. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf. Acesso em: 21 mai. 2023.

²³ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 230-231.

especiais e determinadas possibilidades de intervenção. Nas palavras dele²⁴:

Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso —y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinador, es decir, por un tercero neutral— y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de cierta posibilidades de intervención.

A teoria do poder neutro, intermediário e regulador é obra do pensador franco-suíço Benjamin Constant²⁵. A tese ganhou adeptos

²⁴ SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, p. 213.

²⁵ “En la historia constitucional del siglo IX aparece una teoría especial del *pouvoir neutre*, *intermédiaire* y *régulateur* en Benjamín Constant, con motivo de la lucha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al *bona-partidismo* y a la Constitución monárquica. Esta teoría pertenece esencialmente al grupo de las teorías constitucionales del Estado cívico de Derecho, y no sólo ha influido en las dos Constituciones por las que fue literalmente recogida, sino que a ella se refiere el catálogo típico de prerrogativas y atribuciones del jefe del Estado (Monarca o Presidente del Estado), imaginadas todas ellas como elementos y posibilidades de intervención de semejante *pouvoir neutre*: inviolabilidad o, por lo menos, posición privilegiada del Jefe del Estado, refrendo y promulgación de las leyes, prerrogativas de indulto, nombramiento de Ministros y funcionarios, disolución de la Cámara de elección popular. En casi todas las Constituciones de los Estados más extensos, en cuanto corresponden al tipo cívico de Estado de Derecho, lo mismo en las monarquías que en las repúblicas, puede percibirse de uno y otro modo esta construcción, independientemente de si la situación política permite o no su ejercicio. Tanto en el orden constitucional como en la

na Europa, atravessando o Oceano Atlântico, e ganhando terreno no Brasil, ao inspirar a Constituição brasileira de 1824, que previu a existência de um poder moderador que deveria ser exercido pelo Imperador.

Nessa linha, Schmitt²⁶ propõe que o guardião da Constituição, apto a solucionar os problemas constitucionais, em uma República, é o Presidente, que se encontra no centro do sistema, sobre fundamentos plebiscitários, dotado de neutralidade e independência em relação aos partidos políticos. Para ele, antes de se criar um Tribunal Constitucional, para resolver conflitos de alta política, e posicioná-lo como guardião da Constituição, colocando a justiça em risco de contaminação política, deveria-se rememorar que a Constituição de Weimar já consagrara o Presidente do Reich como o protetor da Constituição.

Lorenzetto²⁷ esclarece que Schmitt “defende a figura do Chefe de Estado como

teoría política en esta doctrina de máximo interés”. (SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, p. 214-215).

²⁶ “El Presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema — construido sobre fundamentos plebiscitarios— de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo. Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la Justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich”. (SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, p. 249).

²⁷ LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf. Acesso em: 21 mai. 2023.

verdadeiro defensor da Constituição pelo fato de este ter passado pelo crivo da eleição popular, aspecto que o legitimaria a atuar com independência em relação aos partidos e como instância verdadeiramente suprema e neutra”.

Em sentido diverso, Hans Kelsen traça sua teoria sobre quem deve ser o guardião da Constituição, explicitando-a no artigo intitulado de “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*” (In *Die Justiz*, 1930-31, Heft 11-12, Vol. VI, p. 576-628). Lorenzetto²⁸, anota que diante da possibilidade de corrupção do Poder Legislativo e da possibilidade de abusos do Poder Executivo, Hans Kelsen “propõe o primeiro Tribunal Constitucional, visando garantir o sistema de liberdades e o cumprimento da Constituição – de modo a não perder o seu papel de Lei Maior do ordenamento jurídico”.

Em seu texto, Kelsen tece diversas críticas à concepção de Schmitt quanto a quem deve ser o guardião da Constituição. Nessa toada, vale trazer as principais contraposições.

Inicialmente, Kelsen critica a ideia *pouvoir neutre* de Schmitt²⁹, tendo em vista que este posiciona o Presidente do Reich como um poder que está ao lado dos outros poderes constitucionais, e não acima. Paradoxalmente, Schmitt, por meio de interpretação extensiva da Constituição de Weimar (art. 48), amplia as atribuições do Presidente, a ponto de que, nos dizeres de Kelsen, ele “não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado,

alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la de ‘ditadura’”. Assim, Kelsen arremata anotando que essa posição do Presidente não é compatível com a função de garante da Constituição.

Como visto, Schmitt critica a instituição de um Tribunal Constitucional, tendo em mente que isso implicaria em risco de contaminação política da função judicial. Para ele, as questões políticas não devem ser objeto da jurisdição. Quanto a esse tema, Kelsen alega que, entre funções jurisdicionais e políticas, não existe contradição essencial³⁰. Isso porque o exercício de poder não se encerra na atividade de legislar. Na realidade, o exercício do poder tem “sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração”. Por esse ângulo, Kelsen anota que, em maior ou menor grau, encontra-se exercício de poder em toda sentença judiciária e arremata asseverando que “o caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação” lhe ceder³¹.

Para Schmitt, adepto da Teoria do Estado Total³², o caráter pluralista da jurisdição

³⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 250.

³¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 251.

³² “Em 1931 Schmitt introduz o conceito de ‘Estado total’. Na esteira da noção jüngeriana de ‘mobilização total’, o conceito de Estado total é utilizado na descrição da situação política de um Estado de direito pluripartidário, o ponto culminante do neutro Estado liberal. Esse conceito aparece como o desdobramento de um processo histórico que percorreria três marcos fundamentais: do Estado absoluto dos séculos XVII e XVIII, passando pelo Estado neutro do liberal século XIX, até ao Estado total de identidade entre Estado e sociedade. O Estado total seria a forma política do século XX de integração política total do povo. Segundo Schmitt, não haveria relação social fora das relações políticas: por trás de todas as relações econômicas, sociais, religiosas e culturais estaria a politização total.” (SILVA, Felipe Alves da. À sombra

²⁸ LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf. Acesso em: 21 mai. 2023.

²⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 246.

constitucional, que faz valer direitos subjetivos dos mais diversos grupos frente ao poder estatal, como uma dissolução do conceito de estado. Kelsen³³ critica esse ponto de vista:

O “direito subjetivo”, que não consiste em outra coisa que na legitimação processual, na possibilidade de introduzir junto a uma autoridade central um processo cujo escopo é a eliminação de um ato inconstitucional, a remoção de uma injustiça, tal direito subjetivo não é outra coisa que um expediente técnico para garantia da ordem estatal, sendo assim justamente o oposto do que se poderia denominar a “dissolução pluralista do Estado”.

Proseguindo sua crítica, em relação à doutrina do Estado total, para quem não existe antagonismo entre parlamento e governo, Kelsen apresenta contraposição, ao estabelecer que entre esses dois pólos existe “contínuo antagonismo” e que há perene perigo de violação constitucional, sobretudo no que se refere à possibilidade de “um dos dois pólos ultrapassar os limites que a Constituição lhe designou”³⁴.

Diante desse natural antagonismo, em um contexto de disputas políticas, Kelsen anota que a “vantagem de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do

poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo”³⁵.

Luigi Bonizzato³⁶ comenta que:

Indeed, if Schmitt argued that the President of the German Reich would be the most appropriate figure to protect the Constitution, sustaining the uselessness and inadequacy of a Constitutional Court, Hans Kelsen, as previously confirmed, declared, a contrario sensu, that a Constitutional Court is that it would be endowed with minimally sufficient neutrality for the protection of the Constitution as a normative document that occupies the apex of a legal system.

Nessa lógica, o Tribunal Constitucional deve decidir sobre a constitucionalidade de atos do Parlamento (ex.: leis) ou do Governo (ex.: decretos), quando forem contestados, e, fundamentadamente, cassar esses atos inconstitucionais, julgando sobre a responsabilidade de órgãos estatais posicionados sob acusação³⁷.

É importante ressaltar que o próprio Kelsen reconhece que o sistema por ele proposto não é perfeito, tendo em vista a multiplicidade de contextos problemáticos que a realidade humana é capaz de apresentar. Nessa toada, Kelsen tece comentário no sentido de que “ninguém afirmará que se trata de uma garantia

de Weimar: sobre o conceito de Estado Total em Carl Schmitt. Princípios: **Revista de Filosofia** (UFRN), [S. l.], Vol. 29, n. 60, p. 64-83, 2022. DOI: 10.21680/1983-2109.2022v29n60ID30860. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/30860>. Acesso em: 21 mai. 2023.

³³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 273.

³⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 275.

³⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 276.

³⁶ BONIZZATO, Luigi. The coronavirus pandemic and legal-theoretical reflections on the practical incidence concerning the protection of the constitution based on Hans Kelsen and Carl Schmitt theories: conflicting relationships between institutions and federative degrees in Brazil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 26. Curitiba: Unibrasil, 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2176/709>. Acesso em: 22 de mai. 2023.

³⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 248.

absolutamente eficaz em qualquer circunstância”.

Aliás, o principal argumento para se colocar o Presidente do Reich como guardião da Constituição repousa na suposta unidade do povo alemão, ideia que pode ser extraída do preâmbulo da Constituição de Weimar. Schmitt entendia que o Presidente, ao ser eleito pelo maioria do povo alemão, deveria trazer unidade à nação, sendo legítimo representante popular para ser o guardião da Constituição³⁸.

Em sentido diverso, Kelsen traça comentário, com doses de ironia:

Bastará aqui afirmar que se a Constituição institui um tribunal constitucional, isto não é uma “fictícia forma judiciária”, mas sim a criação de uma instituição real; e que, se algo aqui pode ser qualificado de “fictício” é justamente a tal “unidade do povo”, a qual Schmitt – pretensamente imitando a Constituição – pressupõe como real, e ao mesmo tempo declara eliminada pelo sistema pluralista concretamente existente com o intuito de apresentar o chefe de Estado como remédio contra essa situação e como restaurador da referida unidade.

Diante da indagação de quem seria mais independente e neutro para atuar como guardião da Constituição (o Tribunal Constitucional ou o Chefe de Estado), Kelsen³⁹ registra que a própria fórmula de neutralidade de Schmitt se adapta justamente ao Tribunal Constitucional, tendo em vista que posicionar o Chefe de Estado como único guardião da Constituição deslocaria o centro de poder na direção do Chefe de Estado, desequilibrando as relações com o Parlamento.

³⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 280.

³⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 285.

Por fim, Kelsen critica o pensamento reducionista de Schmitt ao colocar o Presidente do Reich como único guardião da Constituição. Para o jurista austríaco, o Chefe de Estado também funciona como garante da Constituição, porém não sozinho. Ao lado dele, estão o Tribunal Constitucional, que é a instituição mais apta a salvaguardar a Constituição, e os tribunais civis, criminais e administrativos, que exercem um direito de controle material sobre as leis e atos normativos⁴⁰.

Diante do exposto, pergunta-se: quem venceu o debate? Para responder à indagação, traz-se à baila elucidação de Lorenzetto⁴¹, que assinala que “O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, em sua leitura de grande intensidade crítica (ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época) e pautada pela imanência de um lado”. Em contrapartida, o vencedor fático-histórico foi Kelsen, “pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.”

Por fim, comentando o sucesso da semente plantada por Kelsen, Nobre Júnior⁴² anota que:

Passada a barbárie que adentrou a ribalta da Segunda Conflagração Mundial, reavivou-se, com força inelutável, a ideia semeada por Kelsen, com a criação de

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 286.

⁴¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 286.

⁴² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/199>. Acesso em: 25 jun. 2024.

tribunais constitucionais perante o continente europeu, a qual, progressivamente ao desaparecimento de governos ditatoriais, expandiu-se novamente em direção à América Latina, aos países do extinto bloco soviético e à África, devendo-se salientar que tal ocorreu não somente com a instituição de cortes constitucionais, mas também com o fortalecimento da atividade controladora de tribunais comuns com competência para examinar questões constitucionais. A força motriz para tanto se centrou, primordialmente, na necessidade de tutela dos direitos fundamentais, o que foi capaz de sensibilizar sistemas jurídicos que, tradicionalmente, opunham-se à aceitação da justiça constitucional.

III. Reflexões de filosofia política e do Direito

No âmbito da filosofia política, podem ser tecidas algumas breves considerações sobre a natureza da jurisdição constitucional, que, como visto acima, foi erigida como a função de ser a guardiã da Constituição, ao lado do Parlamento e da Presidência da República, exercendo o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Isso para que a República funcione, por meio de um sistema eficiente de freios e contrapesos (*checks and balances*), dando plena efetividade ao princípio da separação dos poderes.

Inicialmente, pode-se estabelecer um nexo entre a jurisdição constitucional e a corrente filosófica do republicanismo. Isso porque, no núcleo comum das concepções republicanistas, está a visão “antirânica”, contrária a todo tipo de dominação. Nessa toada, Gargarella⁴³ elucida que a reivindicação da liberdade, ou seja, a “vida em

um ‘estado livre’ – unificaria, de forma resumida, as distintas visões republicanas”.

Não há dúvidas, que o estabelecimento de um Tribunal Constitucional tem muito a contribuir com o ideal antitirânico. Sobretudo considerando a capacidade de uma corte constitucional poder exercer o chamado papel contramajoritário e assegurar o cumprimento da Constituição, enfrentando os ímpetos de maiorias de ocasião hostis à carta fundamental da República, ou de um Poder Executivo com aspirações antidemocráticas.

Além disso, o surgimento da jurisdição constitucional tem fortes ligações com correntes liberais de filosofia política, visto que uma das ameaças mais temidas pelo pensamento liberal é a “tirania da maioria”, como a que aconteceu durante o famigerado “Terror Jacobino”, durante a Revolução Francesa, ocasião em que tribunais revolucionários perseguiram com avidez muitos opositores, condenando-os à morte.

Gargarella enfatiza que o liberalismo político “preocupa-se em manter um conjunto de direitos individuais invioláveis e, a partir disso, também concebe a liberdade como ‘liberdade contra a vontade democrática’”, isto é, “como limite, e não como continuidade à política democrática”⁴⁴. Essa ideia guarda estreita relação com a já mencionada função contramajoritária das Cortes Constitucionais, por meio da qual o tribunal protege minorias ameaçadas em face de maiorias de ocasião.

Ao comentar esse papel, Roberto Barroso⁴⁵ escreve que:

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países

⁴³ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 186.

⁴⁴ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 201.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 491.

democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexander Hamilton, teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”. Apesar de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito.

Ademais, quanto aos direitos fundamentais, é importante tecer considerações sobre a “doutrina da efetividade”. A atribuição de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo moderno. Barroso anota que, no Brasil, “ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade”⁴⁶. Tal movimento doutrinário elaborou as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, e ajudou a superar algumas “disfunções da formação nacional”, que, de acordo com Barroso, “se materializavam na insinceridade

normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento”. Pode-se afirmar que o núcleo da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na maior extensão possível de sua densidade normativa.

Nesse contexto, é relevante a investigação sobre a teoria dos princípios, que consagra a força normativa desses mandamentos de otimização. Aqui, sobressaem-se os textos de Ronald Dworkin⁴⁷ e Robert Alexy⁴⁸. Barroso⁴⁹ destaca que:

A teoria dos princípios, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado. Na seqüência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito. As duas obras precursoras desses autores – Levando os direitos a sério e Teoria dos direitos fundamentais – deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures.

Com o desenvolvimento histórico dos direitos sociais, no Estado do Bem-estar Social, verificou-se a ascensão do Judiciário como agente de interferência nas políticas públicas relativas a direitos sociais, com o objetivo de dar efetividade aos direitos fundamentais. Essa ascensão somente foi

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. n. 63, 2008, p. 320-344.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. n. 63, 2008, p. 320-344.

possível com a criação e fortalecimento das cortes constitucionais. A análise desse fenômeno passa pelo surgimento da jurisdição constitucional no *common law* dos Estados Unidos da América, com o famoso caso *Marbury vs. Madison*. De outro giro, no *civil law* europeu, o surgimento da jurisdição constitucional remonta os debates doutrinários encabeçados por Kelsen e Schmitt.

Em *Terra Brasilis*, não foi diferente. Observou-se, nos séculos XX e XXI, forte crescimento da influência do Supremo Tribunal Federal nas mais altas esferas de poder do país. Isso somente foi possível pela formação de um “*brazilian law*”, ou seja, um sistema de controle de constitucionalidade que misturou o modelo americano com o austríaco e propiciou a formação de um Tribunal Constitucional hipertrofiado dos mais fortes do mundo.

De acordo com Lenio Streck⁵⁰:

Com a proclamação da República, poucas coisas foram modificadas em *terrae brasilis*. O Imperador saiu de cena e em seu lugar surgiu o regime presidencialista, numa imitação mal feita do sistema construído pelos Estados Unidos no século XVIII. Ao mesmo tempo, dando continuidade a maneira incoerente de incorporar as inovações do constitucionalismo estadunidense, o Brasil criou o Supremo Tribunal Federal – STF – e o controle difuso de constitucionalidade, colocando os velhos ministros do ancien régime, membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império, para operar as inovações constitucionais que desconheciam completamente. E foi assim que o estamento deu início a jurisdição

constitucional no Brasil, deixando-a sempre enfraquecida frente às pressões exercidas pelos donos do poder.

Nas últimas décadas, a doutrina constitucionalista brasileira tem procurado entender, criticar e elogiar os aspectos desse fenômeno de ascensão do Poder Judiciário, por meio de diversos esforços acadêmicos, o que resultou em vasta literatura jurídica, debates intermináveis e eventos de grande monta. Nessa linha, percebe-se que o Judiciário passou a atuar fortemente no campo dos direitos sociais, na tentativa de induzir a formação de políticas públicas, sempre sob o pretexto de dar aplicabilidade às normas constitucionais. Pode-se afirmar que houve vários avanços que devem ser elogiados, porém, de outra banda, verificam-se também atuações desarrazoadas que demonstram o desprestígio da lei escrita e descambam para a não observância da divisão de poderes determinada pela Constituição Federal de 1988.

A doutrina da efetividade influenciou muito o Judiciário brasileiro. Partindo de Brasília, esse modo de pensar fincou raízes em magistrados que exercem seus múnus públicos do Oiapoque ao Chuí. É fácil encontrar decisões que buscam trazer efetividade a direitos sociais, por meio de interferência em políticas públicas, em todo o Brasil. Por vezes, essas decisões acertam. Outras vezes, porém, são decisões que trazem mais prejuízos do que benefícios, sobretudo quando são descontextualizadas, sem considerar suas consequências práticas, o que ocasiona inarredavelmente desequilíbrio nos entes públicos e seus orçamentos.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. As Relações entre o Presidencialismo de Coalizão e o Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Idp, 2014, p. 66-85.

IV. Análise do julgamento do RE 1008166/SC

De fato, o compromisso do Estado com a Constituição é indispensável. Nesse sentido, Maliska e Schier⁵¹:

O Estado, por certo, existe para a realização daquilo que está definido na Constituição. A razão de sua existência encontra-se na promoção do bem-estar social. Como escreve Creveld, o Estado surgiu e se desenvolveu para fazer a guerra. No entanto, essa trajetória se alterou entre a primeira e a segunda metade do Século XX. O Estado hoje se justifica pela promoção de bem-estar que ele propicia aos seus cidadãos. Desta forma, o compromisso do Estado com a Constituição é inquestionável.

Por vezes, surgem situações difíceis para julgamento, sobretudo quando a efetividade das normas constitucionais é problemática, no mundo dos fatos, frequentemente por entraves financeiros ou administrativos.

Nesse contexto, é pertinente a análise do julgamento do Recurso Extraordinário 1008166/SC. O caso foi relativo a um recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma contra acórdão lavrado pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Na origem do processo, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina impetrou Mandado de Segurança contra o Município de Criciúma com o objetivo de ser efetivada matrícula de menor impúbere em creche da

rede pública municipal. O juízo de primeiro grau concedeu a segurança e determinou que a autoridade coatora promovesse a inclusão da criança em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência. Diante disso, o Município de Criciúma interpôs recurso de apelação contra a sentença, afirmando que houve violação dos princípios da legalidade e da separação de poderes e que a promoção do ensino infantil é norma programática que deve ser cumprida dentro dos limites orçamentários do poder público.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao analisar o recurso, negou provimento à apelação. Sendo assim, o Município de Criciúma interpôs o recurso extraordinário para reverter a decisão, com a seguinte argumentação:

(...) a determinação de imediata inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil gera repercussão jurídica, eis que afronta frontalmente disposições contidas na Lei Maior, obrigando, dessarte, o Município a agir em desconformidade com o princípio da estrita legalidade. Ademais, a manutenção do decisum ora hostilizado representa encargo econômico ao Município, cujo precedente servirá de exemplo para outras ações judiciais para os milhares de habitantes, sendo notória a difícil situação financeira dos municípios da Federação, colocando-se, portanto, em risco outras atividades essenciais de competência municipal e de interesse de toda a coletividade, tal como a saúde, a educação, o saneamento básico e a manutenção da continuidade dos serviços públicos. Aliás, o Judiciário não pode interferir na escolha da destinação de verbas ao atendimento de interesses pessoais de alguns dos beneficiários do sistema educacional infantil, em detrimento dos prioritários investimentos de caráter geral e impessoal indispensáveis ao funcionamento, aparelhamento,

⁵¹MALISKA, Marcos Augusto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o pesado Estado Autárquico e o indiferente Estado Mínimo: reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 20. Curitiba: Unibrasil, 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/851/469>. Acesso em: 22 de mai. 2023.

aperfeiçoamento e ampliação dos serviços de educação à população, cuja manutenção corresponde a dever indeclinável do Estado. Por derradeiro, a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras.

O recurso extraordinário não foi provido, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário e dava-lhe provimento parcial para determinar o retorno dos autos ao TJ-SC para que reexaminasse o processo. Na ocasião foi fixada a seguinte tese:

1. A educação básica em todas as suas fases — educação infantil, ensino fundamental e ensino médio — constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.
 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.
 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.
- STF. Plenário. RE 1008166/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22/9/2022 (Repercussão Geral – Tema 548)

O Relator, Ministro Fux, em seu voto ressaltou que:

A educação infantil, como primeira etapa do ciclo de educação básica, assume relevância singular no início da formação da personalidade humana. Com efeito, as primeiras experiências de convívio educacional na primeira infância marcam

etapas importantes na formação de sua personalidade, bem como da sua socialização e inteligência emocional, contribuindo para o desenvolvimento de capacidades psíquicas, físicas e motoras, em metodologia lúdica que permita o cuidado e a proteção integral das crianças. Deveras, na primeira infância, o acesso à educação infantil de qualidade é essencial para que se busque, mediante o exercício de funções de cuidado, educação e atenção, a formação de componentes imprescindíveis ao desenvolvimento integral das crianças, para que essas possam, de forma ativa, começar a construir conhecimentos sobre si mesmas, bem como sobre o mundo que as cerca. Nesse contexto, a partir do momento em que o acesso ao mercado de trabalho se tornou necessário para o sustento econômico das famílias, emerge a necessidade das creches, como estabelecimentos extradomiciliares específicos destinados ao serviço de educação e cuidado para as crianças de primeira infância, enquanto os demais integrantes de suas famílias se afastam do lar para trabalhar.

Com efeito, o direito à educação é um dos direitos sociais, positivado no art. 6º da CF/88:

Art. 6º São direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O constituinte de 1988 posicionou a educação como direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205), que deve ser efetivado por meio da garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade:

Art. 7º (...)

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional, seguiu a tônica da Constituição, ao dispor, no Estatuto da Criança e do Adolescente, que:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

Nessa linha, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n.º 9.394/96) determina:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas (...)

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o

desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

Como visto, o constituinte de 1988 deu destaque ao direito à educação, tendo em vista a precariedade do ensino público brasileiro, que é um infortúnio histórico que tem raízes que chegam ao período colonial. A ênfase dada ao direito à educação foi tão forte que deu origem ao mandado de injunção na Constituição Federal de 1988. Em análise histórica, Gilmar Mendes⁵² anota que:

A necessidade de consolidar o direito à educação como direito fundamental foi bastante discutida no processo constituinte. A preocupação com a concretização desse direito social e a busca para superar a ineficiência do modelo educacional brasileiro acabaram por dar origem ao mandado de injunção. Concebido para a proteção do direito à educação, o objeto desse novo instrumento passou a compreender outras omissões do Poder Público, nos termos do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal.

Seguindo sua linha de raciocínio de dar efetividade ao direito à educação, o Ministro Fux assentou que:

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023, p. 1159.

Nota-se, assim, que a educação básica representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”), cujo adimplemento impõe a satisfação de um dever de prestação positiva pelo Poder Público, consistente na garantia de acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento em creche e pré-escola. Os entes municipais, nesse contexto, são primariamente responsáveis por proporcionar a concretização da educação infantil mediante a adoção de políticas públicas eficientes, que devem alcançar especialmente a população mais vulnerável. Eventual omissão estatal na matéria revela uma violação direta ao texto constitucional, máxime porque esse direito “não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental” (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011).

De fato, a jurisprudência do STF é na direção de buscar dar efetividade do direito à educação, assegurando o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, CF), de modo que, havendo inércia administrativa para essa finalidade, é o Judiciário via legítima para dar proteção e efetividade a esse direito.

Nesse sentido, Lenio Streck⁵³ assevera que o Judiciário deve ter uma evidente função intervencionista, chamada de “intervencionismo substancialista”, a fim de dar “cumprimento aos preceitos e princípios

ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988”.

Então, o Ministro Fux, em seu voto, após citar vários precedentes, concluiu que a jurisprudência do STF “prevê a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário mediante determinações à Administração Pública para que efetue a matrícula de crianças em creches e pré-escolas”, a fim de se realizar a prestação universalizada de educação infantil. Arrematou que o art. 208, IV, da Constituição Federal, é norma de *aplicabilidade direta e eficácia imediata*, sendo “plenamente possível exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material para sua concretização”.

Nesse ponto, o STF refutou o argumento de que o ensino infantil seria meta programática e que apenas o ensino fundamental consistiria em direito público subjetivo, afirmando que o artigo 6º da Constituição trata a educação como um direito social fundamental, e o artigo 205, caput, afirma que é um direito de todos e dever do estado. O Ministro Fachin esclareceu que:

Em se tratando de etapa essencial na formação intelectual das crianças, direito fundamental assegurado aos pequenos entre zero e cinco anos, não é possível alegar-se que as disposições constitucionais consistiriam, passados mais de trinta anos da promulgação da Carta Constitucional, meros programas cujo cumprimento não seria obrigatório ao ente municipal, senão facultativo.

Ficou evidenciado também que, no julgamento em comento, o STF não estabeleceu regime de transição, nem prazo para adequações dos entes municipais. Quando questionado, em sede de embargos

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí (SC), Vol. 8, n. 2, p. 250–302, 2008. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 25 jun. 2024.

de declaração, o STF deixou claro que não havia qualquer regime de transição, diante da aplicabilidade direta e eficácia imediata do direito em questão⁵⁴.

Analisando-se o julgamento em questão, entende-se que o Supremo acertou ao posicionar o direito à educação em patamar privilegiado, considerando seu caráter de direito fundamental e sua natureza jurídica. Com efeito, cabe ao Supremo Tribunal Federal, na posição de corte constitucional, exercer o papel de guardião da constitucional e, por meio dos casos que lhe chegam, garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Porém, o STF poderia ter exarado decisão mais adequada para o feito. Na condição de *amicus curiae*, o Município de São Paulo defendeu que o acesso à creche e à pré-escola, a ser providenciado pelos Municípios, deveria ser progressivamente implementado, nos termos do Plano Nacional de Educação, tendo em vista a inviabilidade prática da universalização imediata. Para o Município paulista, a norma contida no art. 208, IV, da CF/1988 teria eficácia contida.

Por sua vez, o Município do Rio de Janeiro apontou para a necessidade de se observar o princípio da realidade, pois deve haver compatibilidade entre o direito pleiteado e as medidas de transição temporárias que devem ser adotadas em busca do nível ótimo. Além disso, o Município carioca alertou para o potencial risco à saúde e à segurança das

crianças, quando há determinação judicial que tem potencial de ocasionar a superlotação nas creches e pré-escolas públicas. Destacou também a necessidade de respeito ao planejamento estatal e orçamentário.

Nesse caso, entende-se que os Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro acertaram quando solicitaram o estabelecimento de regime de transição que desse tempo hábil para os Municípios se adequarem ao comando constitucional. Com efeito, o controle de constitucionalidade deve ser exercido com atenção às **consequências práticas da decisão da Corte Constitucional**, considerados **os obstáculos e as dificuldades reais** do gestor da coisa pública e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem se perderem de vista os direitos dos administrados.

Nessa toada de ideias, é que ocorreu a alteração da **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018), de modo que aquela lei passou a prescrever que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados **os obstáculos e as dificuldades reais do gestor** e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

⁵⁴ “Lado outro, ao revés do que aduz o Município de Criciúma, revela-se inaplicável, ao caso, o disposto no art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 -LINDB, o qual prevê regime de transição, haja vista não ter ocorrido mudança de interpretação ou orientação nova sobre a questão travada nos autos.” (trecho do julgamento dos embargos de declaração).

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Portanto, a decisão deveria considerar a situação do gestor e ter em conta a realidade, não bastando a alegação genérica que a ele cabe dar efetividade aos direitos fundamentais. Ora, diria o celebrado Tobias Barreto que “a teoria é sempre franca e generosa, a prática sovina e mesquinha”⁵⁵. É sob esse **princípio de realidade** que a Corte Constitucional deve exercer seus múnus.

Conclusão

Como visto, a história do Direito Constitucional mostra diversas tentativas de resposta à pergunta de quem deve ser o guardião da Constituição e controlar a constitucionalidade das normas. Nos Estados Unidos da América, o principal marco histórico foi o caso *Marbury vs. Madison*, em que a Suprema Corte se posicionou como guardiã da Constituição e entidade apta a exercer o controle de constitucionalidade.

Na Europa, Kelsen e Schmitt travaram duelo teórico sobre o tema, sagrando-se vencedor o austríaco Kelsen, ao menos considerando os resultados conseguidos a partir da segunda metade do século XX. Para ele, o órgão público mais apto para guardar e proteger a Constituição é o Tribunal Constitucional, por meio do exercício do controle de constitucionalidade abstrato.

Não há dúvida que a resposta à pergunta aqui tratada foi fundamental para o desenvolvimento do Direito Constitucional nas democracias do mundo, tendo em vista que trouxe a fundamental instituição do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, exercido por tribunais independentes do Legislativo e do Executivo. Esse tipo de controle colaborou de forma decisiva para assegurar força normativa e efetividade às Constituições e, ainda hoje, desempenha papel essencial na estrutura dos freios e contrapesos que garantem o equilíbrio entre os poderes constituídos e a separação dos poderes.

Por fim, analisou-se de forma crítica a jurisdição constitucional brasileira diante do julgamento do Recurso Extraordinário 1008166/SC, em que o STF, a fim de dar efetividade às normas constitucionais, entendeu que o Município tem o dever constitucional de assegurar às crianças entre zero e cinco anos de idade o atendimento em creche e pré-escola.

⁵⁵ BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1970.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Pedro Filipe Araújo de; NEGREIROS, Gustavo Troccoli Carvalho de. 220 anos de Marbury vs. Madison. São Paulo: **Revista Consultor Jurídico**, 8 mai. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-08/negreiros-albuquerque-220-anos-marbury-vs-madison>. Acesso em: 25 jun. 2024.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARRETO, Tobias. **Um discurso em mangas de camisa**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1970.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. n. 63, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BONIZZATO, Luigi. The coronavirus pandemic and legal-theoretical reflections on the practical incidence concerning the protection of the constitution based on Hans Kelsen and Carl Schmitt theories: conflicting relationships between institutions and federative degrees in Brazil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 26. Curitiba: Unibrasil, 2021. Disponível em: [/index.php/rdfd/article/view/2176/709](https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2176/709). Acesso em: 25 jun. 2024.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** São Paulo: Lumen Juris, 2022.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, Agir Estratégico e Autoridade Constitucional Compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- Estados Unidos da América. **Marbury v. Madison (1803)**. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison#page-header>. Acesso em: 25 jun. 2024.
- DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- LAGI, Sara. Hans Kelsen e a Corte Constitucional Austríaca (1918 – 1929). **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 26. Curitiba: Unibrasil, 2021, p. 258–277. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>

/index.php/rdfd/article/view/2185/689.
Acesso em: 25 jun. 2024.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O Debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo/SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf. Acesso em: 25 jun. 2024.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o pesado Estado Autárquico e o indiferente Estado Mínimo: reflexões sobre o Estado Constitucional Cooperativo a partir de um caso concreto. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 20. Curitiba: Unibrasil, 2016. Disponível em <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/851/469>. Acesso em: 25 jun. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraivajur, 2023.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/199>. Acesso em: 25 jun. 2024.

OLKEN, Samuel R. The Ironies of Marbury v. Madison and John Marshall's Judicial Statesmanship. **John Marshall Law Review**, Vol. 37, p. 391-439, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2515907>. Acesso em: 25 jun. 2024.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de La Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 8, n. 2, p. 250–302, 2008. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/336>. Acesso em: 25 jun. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. As relações entre o Presidencialismo de Coalizão e o Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Idp, 2014, p. 66-85.

SILVA, Felipe Alves da. À sombra de Weimar: Sobre o conceito de Estado Total em Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, [S. l.], Vol. 29, n. 60, p. 64–83, 2022. DOI: 10.21680/1983-2109.2022v29n60ID30860. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/30860>. Acesso em: 25 jun. 2024.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Contracorrente, 2021.