ARTIGO ORIGINAL

# CONSTITUIÇÃO PUTATIVA: O TRIBUNAL CONSTITUINTE E A PROGRESSIVA SUBSTITUIÇÃO DA DEMOCRACIA POPULAR POR UMA OLIGARQUIA JUDICIAL – CONTORNOS INICIAIS

# PUTATIVE CONSTITUTION: THE CONSTITUENT TRIBUNAL AND THE GRADUAL REPLACEMENT OF POPULAR DEMOCRACY BY A JUDICIAL OLIGARCHY – INITIAL OUTLINES

Eduardo dos Santos[1]
Omar Teodoro Silva Neto[2]

**Resumo:** O presente artigo analisa a crise funcional da jurisdição constitucional no Brasil, caracterizada pela conversão da cúpula judiciária em instância legiferante originária que usurpa a soberania popular. Investiga-se a problemática do ativismo judicial desmedido que, sob o manto do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, culmina no esfacelamento da separação de poderes e ameaça a perenidade da ordem constitucional. A finalidade do estudo reside em denunciar a transfiguração do Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constituinte e em oligarquia judicial, demonstrando como tal dinâmica edifica uma Constituição Putativa destituída de lastro democrático. Adota-se como metodologia o método hipotético-dedutivo, com procedimento de pesquisa bibliográfica e análise dogmática, amparado na filosofia política clássica de Aristóteles sobre as formas de governo, na teoria normativa kelseniana madura e no instrumental crítico contemporâneo. Conclui-se que o enfrentamento dessa anomalia, consubstanciada em autêntico constitucionalismo abusivo judicial, exige a superação das ilusões moralistas e o resgate da autoridade do texto por meio do Positivismo Normativista Constitucional, fundado na primazia das regras positivadas, na preponderância da função de legislador negativo e na recuperação do autogoverno soberano do povo.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Ativismo Judicial. Constitucionalismo Abusivo Judicial. Funções das Cortes Constitucionais. Separação dos Poderes.

**Abstract:** This article analyzes the functional crisis of constitutional adjudication in Brazil, characterized by the transformation of the supreme judicial body into an originating legislative authority that usurps popular sovereignty. It investigates the problem of excessive judicial activism which, under the guise of post-positivism and neoconstitutionalism, culminates in the erosion of the separation of powers and threatens the permanence of the constitutional order. The purpose of this study is to denounce the degeneration of the Brazilian Federal Supreme Court into a Constituent Tribunal and a judicial oligarchy, demonstrating how this dynamic establishes a Putative Constitution devoid of democratic foundation. The methodology adopted is the hypothetical-deductive method, based on bibliographic research and doctrinal analysis, drawing upon Aristotle's classical political philosophy on forms of government, late Kelsenian normative theory, and contemporary critical frameworks. It concludes that confronting this anomaly, which constitutes authentic judicial abusive constitutionalism, requires overcoming moralistic pretensions and reclaiming textual authority through Constitutional Normativist Positivism, grounded in the

[1] Mestre em Direito pela UFU. Professor Efetivo de Direito Constitucional da Universidade do Estado de Minas Gerais.
[2] Doutor e Mestre em Direito Econômico, Tributário e Financeiro pela USP. Professor Efetivo de Direito Tributário e Financeiro da Universidade do Estado de Minas Gerais.

primacy of enacted rules, the preponderance of the negative legislator, and the restoration of the people's sovereign self-government.

**Keywords:** Constitutional Adjudication. Judicial Activism. Judicial Abusive Constitutionalism. Functions of Constitutional Courts. Separation of Powers.

**Introdução**

O presente artigo tem por objeto a análise da degeneração institucional e dogmática da jurisdição constitucional no Brasil, consubstanciada na transmutação do órgão de cúpula judiciária em um tribunal legiferante originário que atua à revelia da soberania popular e dos limites semânticos do texto magno. A reflexão proposta parte da constatação de que o ativismo judicial contemporâneo ultrapassou a condição de mero desvio procedimental interpretativo para atingir um estágio de barbárie institucional, no qual a invasão contínua de competências legislativas e executivas corrói a separação de poderes e coloca em risco a própria higidez e perenidade da Constituição da República de 1988. Diante dessa realidade de instabilidade jurídica crônica, faz-se imperioso dissecar as engrenagens teóricas que viabilizaram a entronização de um governo de juízes e desenhar alternativas dogmáticas viáveis para resguardar a ordem democrática.

O objetivo precípuo deste estudo reside em denunciar a conformação do Supremo Tribunal Federal como uma oligarquia judicial e demonstrar como o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo serviram de manto retórico para a edificação de uma ordem paralela denominada Constituição Putativa. Pretende-se, em contrapartida, propor a superação desse estado de coisas por meio da formulação do Positivismo Normativista Constitucional, um modelo hermenêutico voltado a restaurar a primazia axiológica das regras positivadas, a resgatar a preponderância da função de legislador negativo e a subordinar a jurisdição constitucional ao império indeclinável da vontade popular manifestada pelos canais representativos regulares.

O referencial teórico da investigação estrutura-se a partir de um diálogo entre a filosofia política clássica e a teoria do Direito contemporânea. Recorre-se à taxonomia das formas de governo legada por Aristóteles para diagnosticar a degeneração da aristocracia dos sábios em oligarquia de interesses corporativos, articulando-a às premissas republicanas de Maquiavel no tocante à indispensável temporariedade, responsabilidade política e contenção do poder. No campo estritamente jurídico-metodológico, a base de sustentação ancora-se na virada voluntarista da maturidade teórica da teoria geral das normas, assentada na premissa de que toda norma pressupõe um ato de vontade soberano e de que não há imperativo sem imperador, confrontando-se

criticamente as vertentes contemporâneas do ativismo iluminista e do neoconstitucionalismo axiológico.

A metodologia empregada ancora-se no método hipotético-dedutivo, associado a um procedimento de pesquisa bibliográfica e documental de natureza dogmática e analítica. A partir da formulação da hipótese de que a expansão desenfreada da interpretação principiológica fragiliza a democracia substancial ao forjar normas desprovidas de respaldo democrático de positivação, realizou-se o cotejo analítico entre as premissas teóricas do constitucionalismo clássico e os provimentos empíricos recentes da jurisdição constitucional brasileira. Esse itinerário permitiu desvelar a dinâmica do constitucionalismo abusivo exercido pela cúpula togada e fundamentar a urgência da hermenêutica reconstrutiva como critério de aferição da validade das decisões constitucionais.

Para o cumprimento desses propósitos investigativos, o trabalho divide-se em três capítulos nucleares, sucedidos por uma síntese conclusiva. O primeiro capítulo aborda a distinção categorial entre Corte Suprema, Tribunal Constitucional e a deformação patológica do Tribunal Constituinte, demonstrando os desvios inerentes ao exercício usurpador do Poder Constituinte e a quebra da contenção judicial. O segundo capítulo analisa a transição do ativismo judicial para a oligarquia de toga, criticando o vanguardismo iluminista, a incapacidade institucional dos magistrados para a gestão de políticas públicas e a violação dos postulados republicanos de alternância e responsabilidade. O terceiro capítulo, por sua vez, disseca a edificação da Constituição Putativa em seus eixos de direitos fundamentais, normas organizatórias e políticas públicas fictícias, estruturando o Positivismo Normativista Constitucional como o caminho dogmático para restituir o protagonismo ao povo soberano e assegurar a sobrevivência da República.

## 1. Dos Tribunais Constitucionais aos Tribunais Constituintes

A jurisdição constitucional contemporânea defronta-se com uma crise de identidade dogmática e funcional sem precedentes nos anais do constitucionalismo moderno, caracterizada pela erosão sistemática das fronteiras institucionais estabelecidas no momento fundacional do Estado de Direito. Concebida como mecanismo de preservação da higidez do ordenamento e contenção da arbitrariedade estatal, a jurisdição constitucional vem experimentando uma transmutação que distorce a separação de poderes. Essa metamorfose não se limita a pequenas

oscilações de entendimento hermenêutico, mas atinge a estrutura do pacto político originário. Ao abandonar a postura de autocontenção para atuar como instância reguladora e dirigente da vida social, a corte afasta-se de sua vocação estabilizadora e assume o protagonismo na redefinição contínua da ordem jurídica, desbalanceando os freios e contrapesos que sustentam a convivência republicana.

Para compreender a gravidade desse deslocamento funcional, faz-se imperioso delimitar com rigor analítico as categorias de Corte Suprema e de Tribunal Constitucional. Como já explicamos (DOS SANTOS, 2026), uma Corte Suprema consubstancia o órgão de cúpula do Poder Judiciário inserido em um sistema de jurisdição unitária, atuando no ápice da estrutura recursal extraordinária para todos os ramos do direito, a exemplo do modelo norte-americano da U.S. Supreme Court. Por sua vez, a definição dogmática de Tribunal Constitucional bifurca-se no debate acadêmico entre duas matrizes: a corrente clássica (stricto sensu), de linhagem kelseniana e refinada por Louis Favoreu, que o define como uma jurisdição autônoma, especializada e concentrada, situada formalmente fora do aparelho judiciário ordinário para conhecer exclusiva e restritamente da higidez constitucional de leis e atos normativos; e a corrente neoconstitucionalista (lato sensu), que o enxerga como órgão de cúpula judiciária dotado da função precípua – ainda que não exclusiva – de guardar e concretizar a Constituição, admitindo o acúmulo de competências recursais ordinárias e o julgamento de conflitos individuais subjetivos.

No contexto brasileiro, a ordem de 1988 gerou uma disfunção de desenho institucional ao conferir ao Supremo Tribunal Federal, por meio do extenso rol do art. 102 da Carta da República, um conjunto hipertrofiado de atribuições que transpassa a guarda da Constituição (DOS SANTOS, 2026). Essa sobrecarga quantitativa – evidenciada pela tramitação de mais de uma centena de milhar de feitos anuais, em contraste gritante com a seletividade qualitativa das cortes constitucionais ao redor do mundo – transformou a cúpula judiciária brasileira em uma instância recursal generalista e ordinária. O acúmulo desmedido de funções enfraquece a densidade dos debates colegiados e, somado a um ativismo hermenêutico expansivo, afasta o Supremo Tribunal Federal tanto da sobriedade de uma Corte Suprema clássica quanto da contenção especializada de um Tribunal Constitucional autêntico.

É dessa fratura dogmática que emerge a categoria patológica central desta tese: o Tribunal Constituinte. Conceitua-se o Tribunal Constituinte como a deformação institucional de um órgão de cúpula jurisdicional que, usurpando o papel de mero aplicador ou guardião do texto

fundamental democraticamente elaborado, passa a agir como poder constituinte permanente, operando a criação, alteração e revogação de normas constitucionais originárias ao arrepio do procedimento democrático e da soberania popular. Enquanto o Tribunal Constitucional preserva a Constituição real e atua adstrito aos limites da soberania legislativa, o Tribunal Constituinte reinventa o ordenamento ao sabor de preferências ideológicas particulares e conveniências políticas conjunturais, violando os silêncios deliberados do constituinte e erigindo uma ordem normativa paralela destituída de sufrágio.

A gênese desse modelo protetivo legítimo remonta à formulação teórica de Hans Kelsen (2007), na qual a jurisdição constitucional foi desenhada com escopo estritamente delimitado e funcionalmente subordinado à supremacia do texto formal. Para o jurista austríaco, o tribunal constitucional não ostenta atribuições políticas autônomas nem prerrogativas criativas equiparáveis às do parlamento, operando essencialmente como sentinela da hierarquia das fontes normativas contra eventuais desvios legislativos. A autoridade jurisdicional, sob esse prisma estrito, não reside em ditar os rumos ideológicos da comunidade política, mas em impedir que preceitos infraconstitucionais contrariem os comandos superiores democraticamente positivados, assegurando a unidade e a coerência sistêmica do edifício jurídico.

Essa concepção kelseniana consolidou o paradigma do legislador negativo, no qual a competência do tribunal limita-se a anular e expurgar do ordenamento as normas incompatíveis com a Constituição, recusando-se peremptoriamente a inovar de modo primário na ordem jurídica. Ao extirpar o ato legislativo eivado de inconstitucionalidade, a corte atua como um freio processual indispensável, restabelecendo a eficácia da regra fundamental sem conceber formulações substantivas para substituí-la. A atribuição de criar comandos gerais e abstratos permanece reservada ao parlamento representativo, único órgão investido da legitimação democrática necessária para deliberar sobre escolhas políticas, compromissos orçamentários e direitos da cidadania com lastro no sufrágio popular.

Ocorre que a evolução do pensamento de Kelsen ao longo do século XX, especialmente ao atingir a maturidade em sua póstuma Teoria Geral das Normas, trouxe contornos mais realistas e desmistificadores para a teoria da adjudicação. Rompendo com o logicismo abstrato e com a ilusão do silogismo mecânico presente nas primeiras formulações da Teoria Pura, Kelsen (1986) passou a demonstrar categoricamente que a norma jurídica é fruto incontornável de um ato de vontade (Willensakt), e não de mero ato de cognição lógica ou dedução matemática. Dessa

premissa deriva a célebre constatação de que não há imperativo sem imperador (kein Imperativ ohne Imperator), o que evidencia que a validade de qualquer comando normativo pressupõe uma autoridade investida do poder originário de positivar o preceito. Em uma ordem republicana, esse ato de vontade primário deve provir do povo soberano por meio de seus representantes eleitos, e não da vontade individual dos magistrados.

Nada obstante o primado imperativo da função de legislador negativo, a dogmática constitucional não interdita em absoluto a possibilidade de atuações jurisdicionais integrativas de caráter positivo, desde que tais atuações se deem a título estritamente excepcional. Essa intervenção extraordinária só é juridicamente legítima quando a própria Constituição e as leis aprovadas pelo parlamento conferem expressa autorização ou imposição para tanto, demarcando de maneira categórica o raio de atuação da Corte. Trata-se de situações tópicas em que o sistema normativo exige uma resposta adjuvante da jurisdição para operacionalizar garantias que já foram reconhecidas pelo texto constitucional, mas cuja fruição prática se encontra obstaculizada por mora governamental insustentável.

O exemplo dogmático mais emblemático dessa excepcionalidade autorizada reside no instituto do mandado de injunção, delineado pelo constituinte originário para sanar a ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nesse procedimento específico, o tribunal pode atuar integrando a ordem jurídica e fixando provimentos normativos temporários para o caso concreto ou com efeitos erga omnes, preenchendo a lacuna normativa deixada pelo poder legiferante. Contudo, a integridade do modelo impõe o respeito intransigente aos limites objetivos desse remédio heroico: sua funcionalidade esgota-se na regulamentação de direitos expressamente albergados na Carta Política, revelando-se nula qualquer tentativa de forjar novos direitos.

A patologia institucional instala-se quando a jurisdição constitucional subverte o escopo dessas exceções, transformando instrumentos de integração tópica em ferramentas de criação autônoma e irrestrita de normas. Em vez de viabilizar a fruição de um comando já assentado pela soberania popular, a corte passa a inventar direitos sem qualquer suporte no texto positivado e, em seguida, arroga-se a competência de regulamentá-los de ofício, simulando o exercício legítimo de preenchimento de lacunas legislativas. Esse artifício hermenêutico converte a atuação do Judiciário em criação primária de Direito, rompendo o pacto de contenção e conferindo roupagem

técnica a verdadeiras imposições normativas que jamais passaram pelo crivo do debate congressual ou do sufrágio universal.

Ao ultrapassar as molduras do texto positivado e substituir a vontade do legislador pela vontade contingente de seus integrantes, a corte constitucional abandona a sua identidade institucional para operar sob as vestes de um Tribunal Constituinte. Essa transfiguração corrompe a teleologia da jurisdição, uma vez que o tribunal passa a ditar normas constitucionais com força originária, desconsiderando que seu papel se circunscrevia a assegurar a higidez do texto democraticamente chancelado. Essa mutação substitui a fidelidade normativa pelo voluntarismo, convertendo a salvaguarda da higidez constitucional em um mecanismo difuso de reforma constitucional contínua, desprovido do sufrágio que legitima os legisladores originários e derivados.

Esse fenômeno revela a ampliação indevida do chamado Poder Constituinte Difuso, exercido por uma cúpula togada que assume feição abusiva e autoritária. Sem prestar contas à sociedade por meio de processos eleitorais e sem a exigência dos quóruns qualificados das emendas constitucionais formais, os magistrados reescrevem o significado material dos enunciados fundamentais ao arrepio do debate público. Conforme assinala Alexander Bickel (1986), a jurisdição constitucional carrega consigo uma congênita dificuldade contramajoritária: quando juízes não eleitos impõem suas convicções morais ou políticas sobre leis aprovadas por representantes populares, instala-se uma contradição com a soberania democrática, suscetível de degenerar em arbítrio caso os tribunais não observem rígidos parâmetros de autocontenção institucional.

A expansão indiscriminada desse poder contramajoritário degrada o princípio da separação de poderes e desvaloriza a atividade legiferante desenvolvida no seio do parlamento. Como adverte Jeremy Waldron (2003) em sua defesa da dignidade da legislação, o processo legislativo ordinário, permeado por deliberação pública, acomodação de dissensos e participação igualitária de cidadãos plurais, ostenta uma superioridade moral e democrática inegável perante decisões proferidas por colegiados judiciais fechados. Ao desqualificar a deliberação dos representantes eleitos e tratar a lei escrita como um ponto de partida meramente orientador, o tribunal usurpa o papel do povo no autogoverno coletivo, violando o princípio fundamental de que os desacordos morais razoáveis devem ser resolvidos na arena parlamentar.

Avançando sobre esses postulados críticos, Jeremy Waldron (2006) demonstra em The

Core of the Case Against Judicial Review que confiar a cortes a prerrogativa incontestável de desautorizar a legislação parlamentar debilita a cidadania política e corrói a integridade democrática da comunidade política. Em sociedades livres e democráticas, os direitos fundamentais não são verdades universais descobertas privativamente por juízes esclarecidos, mas conquistas cívicas pactuadas discursivamente por cidadãos que possuem perspectivas concorrentes e legítimas. Quando o tribunal usurpa o direito da população de decidir sobre seus próprios arranjos normativos e institucionais, rebaixa a cidadania a uma condição tutelada, minando as bases da democracia representativa.

Essa distorção funcional atinge níveis críticos quando a corte assume o status fático de um Poder Moderador republicano não previsto no arranjo constitucional de freios e contrapesos. Ao se julgar detentora da palavra derradeira sobre a moralidade pública, as políticas sociais, o arranjo orçamentário e as disputas partidárias, a jurisdição adota postura imperial sobre o Executivo e o Legislativo. Esse agigantamento institucional decorre da premissa ilegítima de que o Judiciário representaria o único poder republicano imune a paixões conjunturais e pressões da política, olvidando-se que a ausência de controle externo efetivo sobre os juízes transforma a independência institucional em privilégio estamental insulado da vontade da soberania popular.

Nesse cenário de imperialismo hermenêutico, ganha pertinência a denúncia formulada por Mark Tushnet (1999) quanto à necessidade urgente de retirar a Constituição do monopólio dos tribunais. O autor demonstra que delegar com exclusividade o destino dos direitos fundamentais e o arranjo do pacto social à tecnocracia judicial atrofia o constitucionalismo popular e condena a sociedade ao conformismo apático. A ordem constitucional adquire vitalidade quando a sociedade e seus órgãos deliberativos preservam a faculdade de interpretar, debater e aplicar as cláusulas fundamentais, desmantelando a presunção autoritária de que a Constituição coincide com o entendimento momentâneo emitido pela cúpula do Poder Judiciário.

A transmutação do tribunal em órgão constituinte projeta efeitos desestabilizadores sobre a federação e sobre a distribuição de competências orgânicas. Ao invés de garantir previsibilidade aos arranjos federativos, a jurisdição intervém mediante critérios casuísticos e oscilantes, redefinindo prerrogativas orçamentárias e limites administrativos com base nas preferências ideológicas da bancada julgadora. O federalismo de cooperação e autonomia cede espaço a um modelo centralizado, tutelado por liminares e decisões colegiadas que suprimem a margem de discricionariedade do administrador local, violentando as deliberações de governadores e prefeitos

democraticamente eleitos.

A análise de Riccardo Guastini (2005) oferece instrumental teórico para compreender essa mutação patológica da atividade jurisdicional. O jurista italiano esclarece a distinção basilar entre o texto ou enunciado legal (fonte) e o significado a ele atribuído (norma), advertindo que a interpretação judicial não pode converter a norma em criação autônoma desvinculada do texto que lhe serve de suporte textual e semântico. Quando o tribunal manipula o processo interpretativo de modo a atribuir à disposição normativa um sentido que não encontra esteio em sua moldura de significação, a atividade jurisdicional extravasa a interpretação e consubstancia ato originário de criação de fontes, transformando o juiz em legislador primário disfarçado de hermeneuta.

Essa atuação judicial criativa e expansiva compromete o equilíbrio democrático quando se apoia no uso seletivo da omissão parlamentar para impor pautas derrotadas no processo legislativo ordinário. Em vez de respeitar a rejeição consciente de proposições legislativas como manifestação da soberania parlamentar, o tribunal rotula a inércia deliberada como lacuna inconstitucional, avocando a competência para implementar por via de acórdão aquilo que o parlamento deliberadamente rejeitou. Essa dinâmica instrumentaliza a jurisdição como atalho antidemocrático por grupos minoritários incapazes de angariar maioria nas urnas, neutralizando a vontade popular expressa nas eleições e convertendo a Constituição em documento de engenharia social unilateral.

A contenção desse quadro patológico impõe a imediata restauração do modelo de Tribunal Constitucional centrado no legislador negativo e na deferência ao parlamento, expurgando as pretensões autocráticas do Tribunal Constituinte. Como documenta Barry Friedman (2009) em sua análise sobre a influência da vontade popular na jurisdição constitucional, a autoridade e a estabilidade das cortes dependem da preservação dos consensos democráticos consolidados. Ao impor pautas morais à força e gerar o efeito backlash (POST, 2007), a jurisdição agrava litígios e destrói a pacificação social que é a sua razão de existir. A salvação do Estado Democrático de Direito exige a vinculação estrita à moldura das regras positivadas, garantindo que o poder emane do povo e resguardando a higidez da Constituição real da República.

## 2. Do Ativismo Judicial à Oligarquia Judicial

A transição paradigmática promovida pela ascensão do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo reconfigurou profundamente as bases epistemológicas da jurisdição

constitucional contemporânea, operando uma dilatação desmedida nas prerrogativas decisórias dos magistrados. Ao erigir a onipresença dos princípios em detrimento da rigidez das regras e ao consagrar a abertura semântica como salvo-conduto interpretativo, essas correntes teóricas desconstruíram as amarras metodológicas que tradicionalmente continham a discricionariedade judicial. O texto constitucional escrito deixou de funcionar como a moldura vinculante da atividade judicante para ser reduzido a um mero ponto de partida retórico, a partir do qual preferências subjetivas ganham ares de imperativos categóricos de justiça. Essa desregulamentação técnica abriu caminho para um ativismo irrefletido que relativiza a certeza jurídica e transfere para gabinetes herméticos a deliberação sobre os grandes dilemas morais e políticos da sociedade.

Esse quadro hermenêutico encontra sua manifestação mais aguda na formulação teórica que concebe as cortes constitucionais como dotadas de uma função iluminista, encarregadas de empurrar a história quando ela emperra (BARROSO, 2018). Tal proposição sustenta que caberia a uma cúpula de magistrados não eleitos diagnosticar os anseios éticos da coletividade e antecipar transformações sociais civilizatórias, ainda que contra a vontade expressa da maioria ou a inércia dos representantes parlamentares. Sob esse manto retórico, a jurisdição constitucional arroga-se o papel de guardiã não apenas da legalidade formal, mas de uma vanguarda esclarecida detentora do monopólio do progresso social, erigindo uma inaceitável presunção de superioridade epistêmica sobre as instâncias políticas representativas e sobre o próprio corpo eleitoral soberano.

A desconstrução dessa pretensão iluminista revela uma contradição insuperável com a dinâmica do autogoverno coletivo e da autoridade legislativa (WALDRON, 2003). O processo deliberativo congressual, por mais imperfeito e fragmentado que se apresente, ostenta a virtude inegociável de refletir o pluralismo político e assegurar igualdade de voz aos cidadãos por meio de seus mandatários eleitos. Quando juízes constitucionais desqualificam essa deliberação sob o argumento de obscurantismo social ou atraso legislativo, eles silenciam a cidadania e transformam divergências políticas legítimas em patologias a serem curadas por decretos jurisdicionais. A dignidade da legislação resta irremediavelmente vilipendiada quando a lei é tratada como um obstáculo a ser superado pelas luzes de uma elite togada que não presta contas periódicas nas urnas.

Essa hipertrofia do Judiciário apoia-se em uma confusão dogmática deliberada entre o momento da criação do Direito e o momento de sua aplicação (HART, 1987). Com efeito, não se nega que a moral e a política exerçam influxo determinante na formulação dos comandos jurídicos;

todavia, essa comunicação material pertence por excelência ao procedimento de positivação democrática, no qual o povo e seus representantes convertem convicções éticas e acordos sociais em normas cogentes. Ao transpor esse influxo axiológico para o ato de adjudicação jurisdicional, o magistrado usurpa a tarefa do legislador e impõe sua moralidade particular sobre a moralidade pública positivada. A substituição dos acordos constitucionais pela sensibilidade individual dos juízes degrada a objetividade normativa e inaugura um modelo decisório pautado na conveniência, no qual o conteúdo do Direito varia ao sabor das idiossincrasias subjetivas de quem julga.

A instrumentalização excessiva da proporcionalidade e da ponderação tem servido como verniz analítico para encobrir esse voluntarismo desmedido (SCHLINK, 2015). Longe de consistir em um método científico de precisão matemática, o balanceamento de valores na esfera judicial frequentemente degenera em um artifício retórico empregado para justificar escolhas prévias e subjetivas dos julgadores. O juiz atribui pesos arbitrários aos bens jurídicos em colisão e decide de acordo com suas inclinações axiológicas, criando a ilusão de uma decisão racionalmente deduzida da Constituição, quando na realidade se trata de um ato de pura vontade política desprovido de parâmetros objetivos de falseabilidade. O esvaziamento das regras em nome de mandamentos de otimização principiológicos destrói a previsibilidade das condutas e deixa o cidadão e a administração à mercê de interpretações ad hoc.

Para compreender a natureza desse deslocamento estrutural de poder, é indispensável resgatar a taxonomia clássica das formas de governo legada pela filosofia política antiga e moderna. Na lição de Aristóteles, os modelos de governança subdividem-se pelo número de governantes e, crucialmente, pela finalidade de seus atos: de um lado situam-se as formas retas ou boas, em que o poder é exercido visando ao bem da comunidade (monarquia, aristocracia e democracia); de outro, as formas desviadas ou más, nas quais os governantes atuam movidos estritamente pelo interesse próprio ou corporativo (tirania, oligarquia e demagogia). A aristocracia representava, no horizonte clássico, o governo dos melhores e mais virtuosos em favor da coletividade, premissa que se aproxima da idealização contemporânea de um tribunal técnico e independente voltado ao bem comum.

Contudo, a pretensão pós-positivista de sustentar a corte como uma aristocracia platônica dos sábios revela-se uma quimera insustentável na prática institucional contemporânea. Desprovidos do controle das urnas e blindados contra revisões externas, os membros do tribunal constitucional sucumbem à tentação do poder desmedido, operando a clássica degeneração

aristotélica da aristocracia em oligarquia. A atuação da cúpula judicial deixa de perseguir o interesse comunitário e a higidez do pacto fundacional para resguardar seus próprios desígnios corporativos, conveniências políticas conjunturais e agendas morais particulares. A autoridade técnica e moral é capturada por uma elite que utiliza o vocabulário da Constituição para consolidar prerrogativas institucionais e impor sua própria vontade sobre a soberania popular.

A consolidação dessa magistocracia transforma a cúpula judiciária em um grupo de poder hermético e autorreferente (MENDES, 2023). O exercício da jurisdição constitucional passa a exibir um padrão decisório marcado por incoerências crônicas, no qual as regras processuais e o sentido dos preceitos fundamentais são alargados ou comprimidos a depender do réu em julgamento, da pressão midiática ou da conveniência conjuntural do tribunal. Esse casuísmo degrada a isonomia perante a lei e consolida um arranjo de privilégios corporativos, revelando que a corte já não atua como árbitro imparcial do jogo democrático, mas como ator político proeminente que molda a conjuntura institucional em proveito de sua própria hegemonia.

Esse arranjo colide frontalmente com a matriz republicana descrita por Maquiavel, cuja cisão fundamental entre principados (governos de minoria marcados pela permanência e irresponsabilidade) e repúblicas (governos de maioria fundados na eletividade, temporariedade e representatividade) fornece o instrumental exato para denunciar a regressão institucional do Estado contemporâneo. A forma republicana exige indelevelmente que a autoridade emane do sufrágio popular, que os mandatários estejam sujeitos à alternância periódica do poder e que respondam política e juridicamente pelos atos que praticam no exercício de seus cargos. O republicanismo não tolera a existência de castas soberanas imunes a freios e balanços interinstitucionais.

Ao atuar como legislador positivo e constituinte permanente, a cúpula judicial vitalícia rompe com as características nucleares da República e mimetiza traços atávicos do Principado. Magistrados investidos de vitaliciedade passam a ditar reformas estruturais e políticas econômicas de longo prazo, projetando comandos de eficácia contínua sem submeter seus mandatos ao crivo da temporariedade das eleições. Instala-se, dessa forma, uma insidiosa monarquia judicial difusa, em que a falta de representatividade popular direta é mascarada pela retórica dos direitos humanos, resultando em uma governança despida de accountability. Quando o poder não precisa responder perante o eleitorado, a irresponsabilidade política torna-se a regra da conduta governativa judicializada.

Aprofunda-se, assim, uma crise democrática na qual a soberania popular é paulatinamente

substituída pela soberania judicial (MOUNK, 2019). Os cidadãos continuam comparecendo periodicamente às urnas, elegem seus representantes e depositam suas expectativas na formulação de políticas públicas, mas assistem à contínua anulação ou desfiguração de suas deliberações por provimentos monocráticos ou colegiados da corte. Esse processo engendra uma desilusão cívica generalizada com a democracia representativa, gerando apatia eleitoral e desconfiança crônica no sistema político institucional. O eleitor constata que o centro de gravidade das decisões do Estado não repousa mais nas instâncias representativas, mas em um estamento togado insensível às pressões das urnas.

Para além da ilegitimidade democrática congênita, a oligarquia judicial padece de uma crassa incapacidade institucional para arbitrar sobre matérias alheias à dogmática estrita do Direito (POSNER, 2012). Magistrados não dispõem de formação técnica multidisciplinar nem de domínio da ciência econômica, da gestão pública ou da análise empírica de dados para desenhar políticas setoriais complexas. Ao ordenar gastos governamentais e intervir na regulação de mercados por impulsos de justiça distributiva abstrata, os tribunais produzem desarranjos fiscais sistêmicos e efeitos colaterais deletérios que não conseguem prever nem monitorar pela via estreita do processo judicial. A adjudicação ignora o custo de oportunidade das decisões e desorganiza as prioridades orçamentárias estatais.

A leviandade dessas intervenções decorre precisamente do fato de que o Judiciário não arca com os ônus da gestão e da governabilidade (WALDRON, 2006). Enquanto o Poder Executivo e os gestores eleitos enfrentam restrições materiais severas e respondem perante órgãos de fiscalização orçamentária e perante o eleitorado pela escassez de recursos, o Judiciário distribui prestações estatais a grupos particulares sem a responsabilidade de indicar a fonte do custeio. Cria-se um arranjo de profunda perversão institucional, no qual os juízes desfrutam do capital moral decorrente da concessão retórica de direitos, enquanto aos administradores públicos é relegada a árdua tarefa de administrar o colapso financeiro provocado pela judicialização irresponsável.

Essa dinâmica produz assimetrias materiais severas e compromete o império da lei ao criar privilégios incompatíveis com o princípio da isonomia (RAZ, 1972). Ao conferir prestações excepcionais e benefícios casuísticos a demandantes individualizados que tiveram acesso a patronos hábeis, a jurisdição subverte a racionalidade coletiva dos programas sociais e desampara a parcela silenciosa e desassistida da população. O Direito fragmenta-se em microjustiças subjetivas que atentam contra a universalidade e a certeza das normas regulamentares gerais. Em

vez de combater injustiças, o ativismo desregrado reproduz novas formas de discriminação na distribuição de bens públicos essenciais.

A degradação das garantias republicanas consome a própria impessoalidade inerente ao conceito de res publica. Quando o tribunal passa a decidir controvérsias de magnitude nacional orientado pelo voluntarismo moral e por desavenças pontuais com lideranças políticas, a coisa pública é tratada como feudo sujeito às conveniências de uma casta governante. A estabilidade institucional desmorona diante da volatilidade de entendimentos que mudam não em virtude da maturação dos debates doutrinários, mas para punir adversários institucionais ou blindar aliados estratégicos da corte. A certeza do Direito é substituída pela incerteza da vontade arbitrária dos julgadores.

O enfraquecimento do pluralismo social e a desidratação do debate público no parlamento alimentam a polarização extremada que consome a paz social e solapa o regime democrático. Impedidos de resolver suas contendas no ambiente da deliberação representativa, os atores sociais e as forças partidárias transferem para a arena judicial suas disputas morais e políticas, buscando derrotar adversários pela via do litígio constitucional estratégico. A jurisdição, ao se deixar capturar por esse processo, intensifica os conflitos em vez de pacificá-los, perdendo sua credibilidade de mediador isento e sendo arrastada para o vórtice das paixões facciosas que corroem a higidez da República.

A reversão desse quadro oligárquico exige o desmonte teórico do protagonismo judicial e a retomada intransigente dos limites dogmáticos da jurisdição. O resgate da dignidade da legislação e da primazia das regras positivadas impõe-se como o único caminho viável para expurgar a tentação autocrática de juízes iluminados. A democracia só subsiste de modo pleno quando as deliberações sobre o destino coletivo são devolvidas ao seu titular originário: o povo soberano exercendo seu poder por meio de seus representantes legitimamente eleitos.

## 3. Da Ascensão das Constituições Putativas

A desconstrução dos parâmetros hermenêuticos tradicionais e a entronização de uma jurisdição constitucional expansiva culminam na edificação de um fenômeno patológico sem precedentes no constitucionalismo democrático: a gênese e a consolidação da Constituição Putativa. Trata-se de uma arquitetura normativa paralela que se apropria do vocabulário técnico do Direito e mimetiza a roupagem linguística da supremacia constitucional, mas revela-se

substancialmente desprovida de lastro no procedimento constituinte democrático de positivação. Enquanto a Constituição real consubstancia o pacto fundacional deliberado pelo corpo cívico por meio de seus representantes eleitos, a ordem putativa deriva de construções axiológicas forjadas nos gabinetes judiciais, nas quais a vontade contingente de juízes não eleitos substitui o ato fundacional de soberania popular.

A gênese desse simulacro constitucional decorre da desfiguração do conceito de pré-compromisso constitucional (constitutional precommitment). Desenvolvida originariamente para solucionar a tensão inerente entre a rigidez dos textos magnos e o princípio da autonomia coletiva, a teoria do pré-compromisso concebe a Constituição como uma limitação autoimposta pelo próprio povo com o intuito deliberado de blindar os valores perenes e as regras do jogo democrático contra arroubos conjunturais (HOLMES, 1988). Na célebre metáfora homérica de Ulisses e o canto das Sereias, a comunidade política amarra a si própria ao mastro da razão normativa para não naufragar diante das paixões passageiras e da irracionalidade dos momentos de crise social.

Ocorre que essa autovinculação racional é legitimada unicamente quando as amarras que prendem a sociedade foram pactuadas pelo próprio povo soberano e pelos seus delegados constituintes, e não impostas por artifícios decisionistas de uma aristocracia judicial. Stephen Holmes (1988) erigiu um modelo no qual a Constituição opera como ferramenta voltada a superar a fraqueza de vontade da coletividade, alicerçado em uma concepção diacrônica do povo que transcende as gerações e vincula o presente aos compromissos fundacionais do passado. O risco imanente a essa abordagem desponta quando o autopaternalismo institucional é confiscado pela cúpula do Judiciário, que passa a enxergar o eleitorado como uma massa incauta a ser tutelada e domesticada pela sabedoria togado-iluminista.

Em oposição a esse viés tutelar, sustenta-se que a dignidade democrática exige a submissão contínua das questões comunitárias ao debate político inclusivo, recusando a fossilização de decisões morais sob o manto do monopólio judicial (WALDRON, 2006). Desconfiar da capacidade dos cidadãos comuns para o discernimento moral desqualifica a própria essência do regime republicano. Retirar matérias substantivas da ágora parlamentar sob a alegação de que maiorias conjunturais são incapazes de deliberar com justiça significa despojar o povo da condução do veículo estatal, rebaixando a cidadania à condição de espectadora passiva de julgamentos oraculares proferidos por cortes contramajoritárias.

Diante dessa polarização entre a proteção de direitos consolidados no passado e a

autonomia do autogoverno presente, a superação do impasse reclama uma síntese dogmática: o conceito de povo sincrônico dotado de vontade diacrônica. A comunidade concreta de cidadãos do tempo presente (o povo sincrônico) deve reter o poder efetivo de definir seus rumos mediante canais institucionais reais, impedindo que a Constituição seja convertida em pacto mortuário ou em feudo de juízes sem voto. Simultaneamente, a formação dessa vontade popular não pode operar de forma instantânea ou volúvel; ela deve resultar de um itinerário deliberativo robusto e processualizado (a vontade diacrônica), capaz de depurar paixões sectárias sem recorrer à usurpação aristocrática de magistrados que pretendem tutelar o soberano.

A fratura institucional instala-se quando o tribunal ultrapassa os limites legítimos do Poder Constituinte Difuso e passa a agir como poder constituinte moderador em sessão permanente acima, até mesmo, do poder constituinte originário. Concebido na doutrina como um poder de fato, de natureza hermenêutica e latente, o poder difuso vincula-se a barreiras inafastáveis fixadas pelo texto e pela autoridade constituinte originária: a observância das possibilidades semânticas do dispositivo, a preservação da identidade material da Carta, a vedação absoluta à subversão da vontade manifesta pelo povo em consultas diretas e o estrito respeito à conformidade funcional da separação de poderes. O extravasamento desses limites degenera em arbitrariedade, erigindo uma jurisdição legibus solutus que não reconhece amarras na ordem que deveria guardar.

Dentre essas barreiras fundamentais, sobressai o dever imperativo de respeitar os silêncios eloquentes da Constituição. Quando o constituinte recusa conscientemente a introdução de uma determinada prerrogativa ou modelo institucional, essa ausência de positivação expressa não configura omissão involuntária passível de integração, mas uma norma proibitiva tácita dirigida inclusive ao aplicador do Direito. O silêncio deliberado reflete uma decisão fundamental da soberania constituinte que veda qualquer criação judicial substitutiva. Subverter o silêncio eloquente para impor comandos previamente recusados pela via democrática constitui desrespeito frontal à soberania popular, desnudando a tentativa judicial de reescrever o texto fundamental sob a capa de uma pretensa colmatação de lacunas.

Essa mutação abusiva instrumentaliza de forma perversa as zonas de penumbra e a cláusula de abertura constitucional, convertendo a salvaguarda de direitos em pretexto para o surgimento de direitos fundamentais putativos (DOS SANTOS, 2017). Conforme denunciado na dogmática constitucional, a inflação desenfreada de pretensas garantias esvazia a própria noção de fundamentalidade, operando uma vulgarização axiológica: quando tudo é fundamentalizado ao

arbítrio de intérpretes subjetivistas, nada mais permanece fundamental. A litigância estratégica descobre ou inventa direitos artificiais não albergados pelo constituinte originário, buscando subtrair essas pretensões da arena do debate parlamentar e fossilizá-las judicialmente fora do alcance das futuras gerações.

A manifestação da Constituição Putativa não se esgota na criação desenfreada de direitos subjetivos, revelando três eixos patológicos bem delineados na prática jurisprudencial recente. O primeiro eixo materializa-se nos direitos fundamentais putativos, forjados fora dos limites semânticos do texto e em colisão aberta com os silêncios eloquentes do legislador. O segundo eixo estrutura-se nas normas organizatórias putativas, pelas quais a corte redesenha competências orgânicas e federativas mediante provimentos ad hoc, convertendo freios e contrapesos republicanos em instrumentos de tutela ou retaliação política. O terceiro eixo consubstancia-se nas políticas públicas putativas, consagradas quando magistrados impõem despesas contínuas e planos governamentais complexos sem a legitimidade do sufrágio, sem capacidade institucional e à margem das restrições orçamentárias reais.

A contenção desse descalabro principiológico e o resgate da autoridade do texto demandam uma intervenção epistemológica: a edificação do Positivismo Normativista Constitucional. Trata-se de um modelo dogmático inédito, proposto originariamente nesta pesquisa como paradigma de vanguarda e de resistência democrática em face da hipertrofia interpretativa neoconstitucionalista. Esse modelo assenta-se sobre duas premissas de validade indispensáveis: sua aplicabilidade pressupõe a existência histórica de um Estado Democrático de Direito e exige a vigência formal de uma Constituição Democrática dotada de supremacia efetiva, emanada do poder soberano do povo.

O Positivismo Normativista Constitucional não subscreve o legalismo mecanicista do século XIX nem busca refúgio no conceitualismo estrito das primeiras formulações da Teoria Pura. O modelo ancora-se na virada realista consolidada por Hans Kelsen (1986) em sua fase madura, notadamente na Teoria Geral das Normas, na qual se reconhece que toda norma jurídica corporifica indubitavelmente um ato de vontade (Willensakt), e não uma operação lógica abstrata. Ao acolher a máxima de que não há imperativo sem imperador (kein Imperativ ohne Imperator), o modelo assenta que, em uma ordem republicana, o único detentor legítimo da autoridade imperativa para editar a norma geral primária é o povo soberano por intermédio de seus delegados eleitos. A substituição desse comando primário pela vontade do aplicador judicial desnatura a

legitimidade democrática do sistema.

A partir desse marco kelseniano tardio, o modelo reestrutura a teoria da norma para adequá-la à complexidade do Estado Constitucional contemporâneo. Reconhece-se a presença e a eficácia integrativa dos princípios, mas afasta-se a sua hiperfuncionalidade distorcida, restaurando a primazia hierárquica e axiológica das regras positivadas pelo legislador. As regras escritas deixam de ser descartadas como meros pontos de partida para construções ideológicas e reassumem a sua condição de barreira intransponível à volição do juiz. A discricionariedade judicial, portanto, não pode transcender a moldura normativa semântica deliberada pelo legislador constituinte ou ordinário (KELSEN, 1986).

Nesse horizonte, o Positivismo Normativista Constitucional demarca uma cisão analítica entre a criação e a interpretação do Direito (HART, 1987). É incontroverso que juízos morais e escolhas políticas presidem o momento da feitura das normas; no entanto, em um ambiente pluralista, a única moralidade admitida para vincular a sociedade civil é a moralidade democraticamente positivada no procedimento legislativo regular. Permitir que o magistrado introduza sua moralidade particular ou ideologias progressistas no momento aplicativo sob o pretexto de realizar a justiça material transforma a jurisdição em um reduto despótico e destrói o império da lei (RAZ, 1972).

A defesa da supremacia legislativa conecta-se à advertência de John Hart Ely (2010) sobre a necessidade de conceber o controle de constitucionalidade com foco primordialmente procedimental e de desobstrução dos canais democráticos. A jurisdição não possui autorização constitucional para ditar fins substantivos à coletividade nem para selecionar valores morais controvertidos contra as escolhas do eleitorado, devendo concentrar-se em assegurar a higidez das regras da participação política e a proteção de minorias estritamente nos termos balizados pelo texto constitucional expresso. A criação judicial de novas pautas morais sem ancoragem procedimental rompe com o próprio pacto democrático de desconfiança do poder estatal discricionário.

O afastamento dessas balizas institucionais alimenta a usurpação do texto pelas cortes, razão pela qual Larry Kramer (2004) resgata o constitucionalismo popular como mecanismo de restauração do equilíbrio republicano. Conforme demonstra o autor, a palavra final sobre o sentido e o alcance da Carta Política pertence primariamente ao povo e às instâncias diretamente legitimadas pelo voto, sendo insustentável a supremacia judicial monológica que reduz os cidadãos

à submissão passiva. A vitalidade da ordem política depende da capacidade da sociedade civil e de seus representantes de confrontar e deslegitimar interpretações abusivas que mimetizam a jurisdição para impor governos de magistrados.

Para impedir o arbítrio e neutralizar o avanço da Constituição Putativa, o Positivismo Normativista Constitucional operacionaliza o método da Hermenêutica Reconstrutiva. Por intermédio desse procedimento dogmático, toda e qualquer decisão emanada da jurisdição constitucional é rigorosamente submetida ao crivo da objetividade normativa e da fidelidade histórica aos debates constituintes originários. Confronta-se a decisão com o texto positivado, com o sistema normativo e com a vontade soberana que presidiu a sua elaboração, desnudando construções retóricas e provimentos ad hoc que violam a gramática do texto magno sob pretextos de adequação social (SCALIA, 1989).

A aplicação dessa matriz reconstrutiva impõe um imperativo metodológico de autocontenção judicial e minimalismo deliberativo (SUNSTEIN, 2009). Ao deparar-se com controvérsias complexas sobre as quais paire profundo desacordo moral na sociedade, o tribunal deve abster-se de emitir pronunciamentos amplos e pretensamente definitivos que sequestrem a deliberação dos representantes eleitos. O respeito à modéstia interpretativa e à deferência democrática orienta a jurisdição a proferir decisões estreitas e procedimentais, preservando o espaço republicano para que o povo sincrônico exercite seu autogoverno por meio de suas instituições parlamentares legítimas.

Apenas a consolidação desse paradigma juspositivista contemporâneo é capaz de resgatar o estrito respeito à lei e restabelecer a segurança jurídica erodida pelo ativismo neoconstitucionalista (TORRANO, 2019). Ao desmontar a retórica do Tribunal Constituinte e demonstrar a invalidade intrínseca das normas putativas, a teoria reconduz a autoridade da jurisdição ao seu leito dogmático originário de guardiã da Constituição real, expurgando pretensões de vanguarda iluminista e governança aristocrática que ameaçam a estabilidade da República.

A restauração da integridade constitucional, portanto, exige desarmar as tentações da soberania judicial e devolver o protagonismo decisório ao titular inalienável de todo o poder: o povo (TUSHNET, 2005). A soberania popular expressa pelo voto e consubstanciada na autoridade das regras positivadas constitui a única salvaguarda contra o advento de tiranias disfarçadas de tecnocracia esclarecida. Somente a fidelidade inequívoca à Constituição legítima assegura a

pacificação social, honra a dignidade da legislação e preserva o Estado Democrático de Direito das derivas autocráticas de uma cúpula togada que se recusa a aceitar os limites de sua própria investidura.

**Considerações Finais**

A investigação desenvolvida ao longo deste trabalho desvela uma mutação institucional profunda e alarmante na ordem republicana brasileira: a paulatina substituição do Estado Democrático de Direito por uma autêntica autocracia de toga. O diagnóstico científico afasta de modo categórico a complacência teórica que insiste em rotular as distorções da jurisdição sob o eufemismo de mero ativismo judicial interpretativo. O que se testemunha no Brasil contemporâneo não é a busca por concretização de promessas constitucionais não cumpridas, mas a consolidação de um autêntico constitucionalismo abusivo judicial, no qual os próprios mecanismos formais da jurisdição são instrumentalizados de maneira sorrateira para corroer, por dentro, os pilares da democracia e da soberania popular.

Ao se apropriar ilegitimamente de um pretenso Poder Constituinte Difuso concebido de forma irrestrita e onipotente, o Supremo Tribunal Federal abandonou as vestes kelsenianas de legislador negativo e guardião da higidez normativa para transmutar-se em um Tribunal Constituinte permanente. Sob a retórica de salvaguardar as instituições, a Corte brasileira governa de fato, dita diretrizes políticas, atropela a literalidade das leis aprovadas pelo Parlamento e anula competências constitucionais expressas dos Poderes Executivo e Legislativo. O tribunal assume a postura fática de um Poder Moderador informal, autoproclamado e imune a freios, que manda e desmanda na vida pública nacional, legisla positivamente sem voto, gere orçamentos sem capacidade técnica e instaura perseguições penais inquisitoriais à revelia do sistema acusatório e das garantias fundamentais do processo.

Nesse cenário de esfacelamento institucional, impõe-se uma urgente correção categorial: o regime exercido pela cúpula judiciária brasileira sequer merece a designação honrosa de aristocracia judicial. Se, no pensamento clássico de Aristóteles, a aristocracia encarna o governo virtuoso dos mais aptos e sábios voltado ao bem comum da comunidade, a experiência empírica recente revela a sua degeneração direta na pior e mais perversa forma desviada: a oligarquia judicial. Trata-se de uma casta hermética e corporativista de magistrados vitalícios que utilizam o poder estatal não para a realização da justiça, mas para satisfazer conveniências políticas

conjunturais, desavenças pessoais, preferências ideológicas e ambições corporativas de autofavorecimento e blindagem. A soberania popular é tratada como detalhe descartável por juízes que operam sob a arrogância epistêmica de pretenderem saber o que é melhor para o povo mais do que o próprio corpo eleitoral soberano e seus mandatários eleitos.

O suporte dogmático que viabilizou essa degeneração oligárquica foi precisamente a ascensão acrítica do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Ao promoverem a falácia da onipresença dos princípios, a relativização semântica das regras e a exaltação de pretensas vanguardas iluministas encarregadas de empurrar a história, essas correntes demoliram as balizas do método hermenêutico e outorgaram aos magistrados uma procuração em branco para o arbítrio decisionista. Sob o manto enganoso da moralização do Direito e da busca por uma justiça material subjetiva, o neoconstitucionalismo gerou um totalitarismo judiciário no qual as regras escritas valem apenas na medida em que coincidam com a cosmovisão ideológica do julgador. Longe de representar avanço civilizatório, o pós-positivismo reduziu o texto magno a mero ponto de partida retórico e institucionalizou uma jurisdição de conveniência em que fins ideológicos justificam quaisquer malabarismos argumentativos.

O resultado substantivo desse descalabro é a edificação sistemática da Constituição Putativa: uma ordem jurídica apócrifa e paralela que ostenta a estética externa do vocabulário constitucional, mas que padece de nulidade insanável por ter sido concebida à margem do poder constituinte originário e sem o lastro do sufrágio popular. Ao forjar direitos fundamentais putativos contra os silêncios eloquentes do legislador constituinte, ao deformar a separação de poderes por meio de normas organizatórias putativas e ao decretar políticas públicas putativas sem responsabilidade fiscal nem o ônus da governabilidade, o Supremo Tribunal Federal destrói a autoridade da Constituição real. O pacto fundacional de 1988 resta substituído por uma colcha de retalhos forjada por preferências subjetivas de magistrados desprovidos de mandato popular.

A superação dessa crise e o restabelecimento do equilíbrio republicano exigem o imediato sepultamento dessas ilusões pós-positivistas e o retorno intransigente ao positivismo jurídico, reformulado e adaptado para os desafios dogmáticos do século XXI sob o modelo inédito do Positivismo Normativista Constitucional. Esse modelo não preconiza uma regressão anacrônica ao exegetismo ingênuo do século XIX nem estagna no logicismo das fases iniciais da teoria pura. O paradigma ancora-se na maturidade teórica de Hans Kelsen (1986), expressa na sua póstuma e definitiva teoria geral das normas, a qual compreende que toda norma jurídica é imperativamente

fruto de um ato de vontade e que não há imperativo sem imperador.

Transportada para o Estado Democrático de Direito contemporâneo, a lição kelseniana madura demonstra que a autoridade imperativa de produzir a norma jurídica primária pertence, de forma exclusiva e inegociável, ao soberano: o povo exercendo seu poder diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. A comunicação necessária entre moral, política e direito ocorre validamente no momento de criação legislativa democrática, sendo vedado aos magistrados contaminar o momento da aplicação jurisdicional com suas idiossincrasias axiológicas particulares. O Positivismo Normativista Constitucional restabelece o primado axiológico e dogmático das regras sobre a hipertrofia principiológica, vinculando imperativamente os julgadores à moldura semântica do texto constitucional positivado e resguardando os limites funcionais do legislador negativo.

Em remate, a contenção do constitucionalismo abusivo judicial e a neutralização da oligarquia togada exigem a adoção rigorosa da Hermenêutica Reconstrutiva, submetendo qualquer provimento da cúpula judiciária ao crivo da objetividade normativa e da fidelidade ao pacto originário. A jurisdição constitucional brasileira precisa abandonar a tentação autocrática de constituinte permanente e retornar com urgência ao seu leito dogmático de corte constitucional autocontida. Somente a reafirmação de que todo o poder emana do povo e a submissão inflexível de todos os governantes – inclusive os magistrados de cúpula – ao império das regras escritas serão capazes de desarmar a tirania judicial, restabelecer a pacificação social e preservar a verdadeira democracia no Brasil.

**Referências**

BARROSO, Luís Roberto. Counter-majoritarian, representative, and enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2227, 2018.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch:** The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

DOS SANTOS, Eduardo. **Direitos Fundamentais Atípicos.** Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2026.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança:** uma teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People:** How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). **Constitutionalism and Democracy.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 195-240.

KELSEN, Hans. **O Guardião da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves:** Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **O Discreto Charme da Magistocracia.** São Paulo: Todavia, 2023.

MOUNK, Yascha. **O Povo Contra a Democracia:** por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POST, Robert. **Roe Rage:** Democratic Constitutionalism and Backlash. Faculty Scholarship Series, Yale Law School, Paper 169, 2007.

RAZ, Joseph. **Principles and the limits of law.** The Yale Law Journal, v. 81, n. 5, p. 823-854, 1972.

SCALIA, Antonin. **Originalism:** The lesser evil. University of Cincinnati Law Review, Cincinnati, v. 57, p. 849-865, 1989.

SCHLINK, Bernhard. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional:** entre o Direito, a Política e a Ética. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **The Minimalist Constitution.** In: The Constitution in 2020. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei:** entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TUSHNET, Mark. Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? **Dissent Magazine,** v. 51, n. 2, p. 59-63, 2005.

_____. **Taking the Constitution Away from the Courts.** Princeton: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review.** The Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.