

**ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PROTAGONISMO  
DO STF E A NATUREZA SIMBÓLICA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**

Vitória Cristina de Oliveira Fahl

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso e obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Pedro Augusto Brambilla.

Presidente Prudente/SP  
2022

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PROTAGONISMO  
DO STF E A NATUREZA SIMBÓLICA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**

Monografia apresentada como requisito  
parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Pedro Augusto Brambilla

Orientador

Florestan Rodrigo do Prado

Examinador

Bianca Tortola Rodrigues Matheus

Examinador

Presidente Prudente, 13 de junho de 2022.

“Mas, se há, sobre todos, um régimen, onde a lei não pode ser vicissitudinária, onde nenhuma conveniência pode abrir-lhe exceção à estabilidade, à impersonalidade, à imparcialidade, é o republicano. A república é a lei em ação. Fora da lei, pois, a república está morta”.

A Lei, Rui Barbosa.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Ana e Malvino, aos quais agradeço por todo amor e confiança que depositaram em mim no decorrer da minha vida.

A minha amiga Gabrielli, que mesmo distante sempre esteve presente, sendo para mim uma grande inspiração. De igual modo, agradeço aos meus colegas de estágio, cujo convívio me proporcionou tranquilidade em tempos de apreensão.

Ao meu orientador, Professor Pedro Augusto Brambilla por quem conservo grande admiração e sem o qual seria impossível concluir esta etapa.

Agradeço, por fim, todos os professores do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo que, sem dúvidas, contribuíram para a realização deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar a atividade proativa do Supremo Tribunal Federal considerando que a ascensão institucional pela qual passa a corte nas últimas décadas é resultado que reúne diferentes causas. Assim, dedica-se ao estudo do protagonismo auferido pelo Supremo Tribunal Federal frente ao caráter simbólico da Constituição de 1988 a fim de delimitar seu comportamento ante os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, bem como averiguar o modo com que suas decisões contribuem para a desvalorização do dever ser da norma quando utilizados códigos estranhos ao sistema jurídico nas fundamentações de suas decisões sem que sejam observados os meios procedimentais adequados para se interferir no sistema político. Para tanto, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal foi examinado em nossa ordem constitucional com o auxílio de três diferentes abordagens. Em um primeiro momento explorou-se o deslocamento do poder judiciário ao centro do sistema político de acordo com o desenvolvimento histórico do Estado Democrático de Direito, então, analisou-se as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal pelo poder constituinte após a redemocratização do país e como as escolhas institucionais afetaram a atividade do tribunal. No mais, desenvolveu-se um exame comparativo quanto a composição e o modelo de deliberação judicial adotados pelo Supremo em paralelo aos modelos utilizados pelos Estados Unidos, pela República Alemã e por Portugal em suas respectivas cortes. Nesta seara, a presente pesquisa apontou que a atuação do Supremo Tribunal Federal, a luz da teoria da Constitucionalização Simbólica, não se limita a atos descomedidos, dotados de convicção pessoal e livres de fundamentação jurídica, mas que o tribunal utiliza para a solução de controvérsias códigos inerentes a outros sistemas o que diminui a capacidade do direito em estabilizar as expectativas sociais. Insta salientar, por fim, que o trabalho utilizou como metodologia os métodos histórico, comparativo e dialético.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Constitucionalização Simbólica.

## ABSTRACT

This work seeks to analyze the proactive activity of the Supreme Court considering that the institutional rise through which the court passes in recent decades is a result that brings together different causes. Thus, it dedicates itself to the study of the protagonism gained by the Supreme Court before the symbolic character of the Constitution of 1988 in order to delimit its behavior before the phenomena of judicialization of politics and judicial activism, as well as ascertain how their decisions contribute to the devaluation of the duty to be of the norm when used codes foreign to the legal system in the grounds of their decisions without the proper procedural means to interfere in the system political. To this end, the protagonism of the Supreme Court was examined in our constitutional order with the help of three different approaches. In the first instance, the displacement of the judiciary to the centre of the political system was exploited in accordance with the historical development of the democratic rule of law, Then, we analyzed the powers assigned to the Supreme Court by the constituent power after the redemocratization of the country and how institutional choices affected the activity of the court. Furthermore, a comparative examination was developed regarding the composition and the model of judicial deliberation adopted by the Supreme Court in parallel to the models used by the United States, the German Republic and Portugal in their respective courts. In this field, the present research pointed out that the action of the Federal Supreme Court, the light of the theory of Symbolic Constitutionalization, is not limited to uncommented acts, endowed with personal conviction and free of legal foundation, but which the court uses to solve controversies codes inherent to other systems which diminishes the capacity of the law to stabilize social expectations. Finally, it is important to point out that the study used as methodology the historical, comparative, and dialectical methods.

**Keywords:** Supremo Tribunal Federal. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Constitucionalização Simbólica.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 DESDOBRAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....</b>	<b>13</b>
2.1 As Funções Do Estado.....	14
2.1.1 O estado liberal.....	14
2.1.2 O estado social.....	17
2.1.3 O estado democrático.....	18
2.2 Os Desdobramentos da Jurisdição Constitucional.....	23
2.2.1 A judicialização da política.....	24
2.2.2 O ativismo judicial.....	26
<b>3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS PAPÉIS.....</b>	<b>32</b>
3.1 A Competência Originária do Supremo Tribunal Federal.....	33
3.1.1 Controle direto de constitucionalidade.....	34
3.1.2 Contencioso criminal.....	36
3.2 A Competência Recursal do Supremo Tribunal Federal.....	39
<b>4 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS.....</b>	<b>44</b>
4.1 A Suprema Corte Americana.....	45
4.2 O Tribunal Constitucional Alemão.....	46
4.3 O Tribunal Constitucional Português.....	47
<b>5 O PROTAGONISMO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA COMO ASPECTO DA NATUREZA SIMBÓLICA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.....</b>	<b>49</b>
5.1 A Atuação Simbólica do Supremo Tribunal Federal.....	52
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988 diversos estudos foram publicados sobre a atividade proativa do Poder Judiciário, como este estaria assenhorando as funções dos demais poderes. No entanto, a relevância que o poder Judiciário auferiu nas últimas décadas em nosso país é característica que reúne diferentes causas.

Tem-se observado que os poderes executivo e legislativo não apenas toleram a proatividade do judiciário como também fomentam o crescimento da atividade jurisdicional, especialmente em períodos de crise política, assim como recentemente se mostrou através da ADI 6524, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro solicitando que o Supremo Tribunal Federal definisse entendimento a respeito da vedação constitucional de reeleição das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Cumprir destacar que para além da crescente politização do tribunal proveniente do próprio poder constituinte e parlamentar, o Supremo Tribunal Federal age com certa discricionariedade ao proferir decisões cuja fundamentação se desvinculam do sistema jurídico, de modo a reduzir a credibilidade da instituição enquanto órgão uniformizador de expectativas.

No mais, a competência monocrática que possuem os ministros do tribunal possibilita que suas convicções pessoais sejam sobrepostas aos entendimentos da corte, tal como a liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, atinente ao HC 191836 que além de gerar insigne comoção social, revela a baixa adesão do poder judiciário a lógica dos precedentes.

Por sua vez, o desenvolvimento de processos criminais pelo Supremo Tribunal Federal contra os membros dos poderes representativos impactou diretamente o curso da vida política nacional, interferindo na relação entre os poderes do Estado, assim como na percepção pública da corte.

Nesse sentido, o presente trabalho se propôs analisar como a natureza analítica da Constituição e sua força diretiva contingenciaram a performance do Supremo Tribunal Federal. Destinou-se ainda, a compreensão da complexidade com que o Estado brasileiro se organiza frente ao acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico observado durante a edificação da Supremo Tribunal Federal após a redemocratização do país.



Tendo em vista que o objeto de estudo advém de fenômenos que se confirmam em outros países, o exame realizado buscou, ao menos em um primeiro momento, confrontar a disposição das funções do Estado de acordo com os movimentos constitucionais existentes.

Ainda neste capítulo foram analisados os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial como particularidade dos mais diversos sistemas políticos ocidentais, sobretudo após a derrocada de Estados Assistencialistas em Regimes Totalitários, época em que o controle repressivo de constitucionalidade mais se desenvolveu.

Encaminhando-se à uma análise particular do deslocamento do poder judiciário ao centro do sistema político brasileiro, o capítulo três explorou as principais competências do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional e última instância recursal, tendo em vista que a Constituição da República Brasileira além de ter outorgado ao tribunal um modelo híbrido de controle de constitucionalidade o conferiu amplas competências originárias e recursais.

Já, no quarto capítulo foram examinadas as disposições da Suprema corte norte-americana, do tribunal constitucional alemão e da república portuguesa a fim de assinalar suas semelhanças e singularidades em relação a composição e aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo com as peculiaridades que o concederam tamanha visibilidade pública.

Ao fim, o trabalho contextualizou a atividade jurisdicional desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, não apenas a luz da Teoria Luhmaniana dos Sistemas Sociais, mas também a Constitucionalização Simbólica do eminente jurista brasileiro Marcelo Neves a fim de demonstrar que, para além dos papéis contramajoritário, representativo e iluminista, o STF e os ministros que o integram corrompem a autonomia operacional entre os subsistemas sociais da política e do direito, em evidente prejuízo à força a força normativa da Constituição.

No que se refere à metodologia, foram adotados como métodos o histórico, com a finalidade de comparar as formações anteriores com o que se observa na atualidade; o comparativo, considerando as diferenças existentes entre objetos semelhantes e o dialético, posto que a essência da pesquisa tem como objetivo confrontar aquilo que se posta perante o pesquisador como verdade.

Como fonte de pesquisa, foram utilizadas a doutrina brasileira, elementos bibliográficos, fatos históricos e para além da legislações pátria, também

foram utilizadas e Estadunidense, assim como as das Repúblicas da Alemanha e de Portugal.

## 2 DESDOBRAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Em 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu que toda sociedade regida por uma Constituição deve necessariamente assegurar a garantia dos direitos fundamentais bem como determinar a separação dos poderes.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 qualificou a separação dos poderes como cláusula pétrea vedando quaisquer deliberações ou projetos de emendas que existam em desconformidade com tais disposições.

Por outro lado, mas com o mesmo teor, a Constituição vedou qualquer impedimento à apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, não podendo este se eximir de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.<sup>1</sup>

Tal remissão denota o teor das questões levantadas nas últimas décadas, conquanto o modelo constitucional tenha se consolidado na maior parte dos países ocidentais, o exercício das funções do Estado, imo a própria designação constitucional, se apresenta ainda hoje como tema controvertido, mormente aquilo que se refere ao exercício da jurisdição por um órgão judicial, em especial, a Suprema Corte.

Os debates que circundam o tema se originam da flagrante preeminência da função judicial nos Estados Contemporâneos, reputados como Estados Democráticos. Tal discussão se eleva nos países de tradição romano-germânica nos quais a lei, incumbida ao parlamento, é fonte imediata do Direito.

Assim, surgem questões como: a primazia da função judicial caracteriza aviltamento à separação dos poderes? O judiciário, como centro do sistema jurídico e político implica necessariamente na usurpação das demais funções do Estado? O juiz deveria se limitar ao que prescreve a lei ou poderia se dirigir a limites que não estejam previstas no ordenamento jurídico? Nesse contexto, a postura dos juízes e dos tribunais estaria de acordo com o princípio democrático? E com o *rule of law*?

Em âmbito nacional, não são raras as vezes em que a Suprema Corte funciona como poder político, sobretudo quando atua como legislador positivo ou

---

<sup>1</sup> Remissão a Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV e ao Novo Código de Processo Civil, art.140.

quando confronta o que por este fora construído. Estaria dentro das atribuições da função judicial a criminalização da homofobia como racismo (MI 4733)? A descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (HC 124.306)? A determinação ao poder público em custear medicamentos e tratamentos de alto custo (STA 175 AgR)? Seria possível que abrisse um inquérito e que atribuísse a si mesma a competência investigativa (Inq. 4.781)?

É nesta direção que se encaminha esta seção, visando a análise das implicações políticas e jurídicas que resultam da centralização do Poder Judiciário em um sistema constitucional.

Outrossim, há de ser observado os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, seus aspectos teóricos e elementares que apresentam singular obscuridade, sendo possível notar, mesmo em obras doutrinárias ou ensaios acadêmicos, certa confusão ou junção dos dois fenômenos.

## **2.1 As Funções Do Estado**

Para melhor compreensão, não parece lógico tratar da Jurisdição Constitucional sem antes analisar o Estado, visto que, só é dado conceber as delimitações da competência de um poder que se encontre habilitado a regular as relações sociais existentes entre um povo que esteja circunscrito ao território em que fora instituído.

### **2.1.1 O estado liberal**

Em que pesem as divergências existentes a respeito da conceituação de Estado, modernamente, é concebido como “a forma específica de certa sociedade política, organizada mediante regras e dotada de poder superior sobre seus membros, caracterizando, pessoa jurídica de direito público interno e internacional” (RANIERI, 2019, p. 18).

Infere-se da concepção referenciada a existência de uma associabilidade intrínseca de Estado e Direito, peculiar à Teoria Monista, capitaneada, em especial, por Hans Kelsen (1998, p. 290) que, dentre outras observações apresenta:

A ordem social e a comunidade não são duas coisas diferentes. Um indivíduo, juntamente com outros indivíduos, pertence a uma comunidade apenas na medida em que sua conduta em relação aos outros indivíduos é regulamentada pela ordem. Ser um membro da comunidade nada mais significa que estar sujeito a essa ordem. Para evitar a aparência enganosa de um dualismo entre ordem social e comunidade, seria mais correto dizer que a ordem social é a comunidade, não que a ordem social constitui a comunidade.

Sabe-se que Kelsen, ao desenvolver a Teoria Pura do Direito procurou limitar-se a análise das estruturas do Direito Positivo que existiram a sua época, não discutindo em sua teoria as origens do Estado ou mesmo do Direito.

De qualquer forma, a compreensão de Estado e Direito como figuras indissociáveis, posto que uma sociedade civil politicamente soberana só seria capaz de sê-la na medida em que se sujeitasse à mesma ordem, centralizada e dirigente das demais, delineia, juridicamente, a concepção moderna de Estado.

Contudo, historicamente, utiliza-se a terminologia Estado de Direito (*Rechtstaat*) para designar o sistema institucional que se opôs ao Antigo Regime (*Obrigkeitsstaat*), peculiar às sociedades feudo-medievais, estagnadas por uma estrutura estamental, marcada pelo direito divino dos reis e pelo uso de prerrogativas de nascimento que reduziam as liberdades individuais por intermédio de uma estratificação social fundada na tradição (SILVEIRA, 2014, p. 35).

Em objeção ao arquétipo em voga, exsurgiram teorias políticas contratualistas que, engendraram ao homem um estado natural, no qual emanavam leis da natureza baseadas em juízos de liberdade e igualdade, inerentes à própria constituição do ser. Assim, desenvolveu-se a perspectiva jurídico-política de contenção ao poder absoluto do rei, apadrinhado pela burguesia, então em ascensão, que intencionava não mais encontrar seus limites na estratificação social vinculada às condições de nascença a época vigente.<sup>2</sup>

A busca pela liberdade se deu por meio do princípio da igualdade, cuja consolidação se processou através da supremacia da lei como modo de superação ao Estado Absoluto. Segundo Marcos Claudio Acquaviva (2010, p. 20):

Podemos extrair alguns princípios da concepção dominante de Estado de Direito: a) princípio da supremacia da lei (rule of law), com a limitação do poder pelo direito positivo; b) princípio da legalidade, mediante o qual ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei; c)

---

<sup>2</sup> Prescreve, nesse sentido, a declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 “Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

princípio da irretroatividade da lei, para resguardar os direitos adquiridos; d) princípio da igualdade jurídica ou isonomia, pelo qual lei vale para todos e, portanto, a todos deve ser aplicada; e) princípio da independência funcional dos magistrados.

Assim, a proteção das esferas jurídicas individuais, inerentes à própria concepção de Estado de Direito, se assentava não mais em privilégios de nascimento, mas no princípio da legalidade (*rule of law*). Com estas características, fez-se imprescindível ao estabelecimento e a conservação do paradigma de que as leis não fossem feitas por quem simultaneamente tivesse poder para as aplicar, sob o risco de regressar-se ao ponto do qual acabara-se de sair (PIÇARRA, 1989, p. 50).

Desse modo, se congregou ao espírito do Estado de Direito duas ideias essenciais, discutidas ainda nos dias de hoje, quais sejam: a convicção em um Direito Natural, responsável por legitimar a supremacia da lei e a necessidade de restringir os abusos do poder através da separação de suas funções características.

A primeira delas, simbolizada pela doutrina de Jean-Jacques Rousseau, contingenciou o movimento constitucionalista ao fomentar o pensamento político jurídico de organização do Estado a partir de um documento edificador, incumbido de limitar as arbitrariedades dos governantes e de assegurar aos governados a inviolabilidade de seus direitos (ACQUAVIVA, 2010. p.18).

A segunda, estruturada da forma como atualmente a conhecemos, fora desenvolvida pelo jurista e político francês Barão de Montesquieu que, inspirado pelo paradigma inglês parte da doutrina imanente ao Direito Natural, em favor da concepção do indivíduo como sujeito de direitos. Para tanto, sustenta a separação dos poderes do Estado em três órgãos autônomos: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (MONTESQUIEU, 2010. p.168).

É a partir desse ponto que a legitimação da autoridade política se dá através da organização jurídica do Estado em torno de uma constituição de leis que não só afirmam os princípios mantenedores do sistema como inerentes a natureza humana, mas asseguram sua eficácia mediante uma distinção das funções estaduais instituída como medida a regular o exercício do poder.

Quanto à distinção realizada na teoria-política de Montesquieu (2010, p. 168-169) cumpre, ainda que sucintamente, apresentar o que o autor entendia por cada uma dessas funções:

Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar.

Dado que a estruturação em análise arquitetou a distinção das funções estatais a partir da concepção da *rule of law*, tem-se que o Poder Legislativo integraria o cerne deste paradigma, sobretudo “num Estado livre, no qual todo homem considera-se governado por si mesmo; nestes, o povo como um todo deveria desempenhar o poder legislativo” (MONTESQUIEU, 2010, p. 171).

Para que não desvirtuassem as leis, a função legislativa deveria ser outorgada a um órgão distinto daquele ao qual se atribuiu a função executiva, pois, sendo conferidas ao mesmo Poder, este poderia as modificar, em última análise, para legitimar sua maneira de proceder.

Por sua vez, particularizava-se das demais a função de julgar, que para o jus-filósofo estaria privada de qualquer autonomia decisória, incapacitada de criar quaisquer direitos, mantendo-se igualmente apartada da função executiva, posto que, “unida a esta permitiria que a função pública, ao exercer seu poder de coerção, destruísse o processo jurídico inerente a um julgamento” (PIÇARRA, 1989, p. 99).

Evidente, portanto, que a principal finalidade deste paradigma, senão única, fora garantir a consolidação dos direitos negativos, controlando o dever do Estado de abster-se da sociedade civil por intermédio do controle legal e do congraçamento formal entre as funções estatais, cuja subserviência legitimar-se-ia por um *pacta sunt servanda*, encarregado de constitucionalizar o consentimento dos cidadãos através da função legislativa.<sup>3</sup>

### 2.1.2 O estado social

O método filosófico, incumbido de legitimar a ordem recém estabelecida, culmina, com a expansão do capitalismo, em reivindicações, através das quais demandava-se a materialização dos direitos formalmente garantidos pela

---

<sup>3</sup> A Constituição Americana de 1778 e a Constituição Francesa de 1792 são símbolos essenciais de Estados de matiz liberal burguesa, assegurando pela via legal-constitucional os direitos a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade.

constituição, uma vez que a sociedade civil, antes estratificada pelo nascimento e pela tradição, agora encontrava sua imobilidade no poderio econômico.

Houve, então, a eclosão do Estado Assistencialista (*Welfare State*) como paradigma destinado a aperfeiçoar as premissas intrínsecas ao Estado de Direito. Para tanto, não poderia se limitar a garantir a abstenção do Estado ante a sociedade civil, mas necessitaria de sua assistência e de sua intervenção para assegurar prestações positivas.<sup>4</sup>

Desse modo, a preeminência da função legislativa transferiu-se à função executiva, incumbida de executar as políticas assistencialistas destinadas à efetivação material dos direitos constituídos. Destaca-se o papel de aplicar normas genéricas e abstratas, sob a égide de uma constituição flexível e com o intuito de corrigir os desvios socioeconômicos herdados do primeiro modelo constitucional.

A estrutura jurídica que passou a compor o Estado promoveu um “inchaço legislativo”, responsável por direcionar a execução das políticas públicas socialmente almejadas, produzindo, para tanto, normas genéricas, orientadas a consolidar o plano executório que em última análise legitimaria sua subsistência à medida com que fosse capaz de equiparar seus outorgantes. No mais, vinculou-se ao judiciário a função hermenêutica, estimulada pela generalidade da lei, incapaz de solucionar contundentemente os litígios que aos tribunais se apresentavam. Além disso, a efetivação dos direitos arguidos por grupos minoritários exigiu da função judicial uma postura mais discricionária quando comparada à anterior, sendo, todavia, inexpressiva exceção à planificação da sociedade civil (SILVEIRA, 2014, p. 40-46).

Assim, a conformação do Estado ao viés assistencialista terminou por preterir diversos interesses e direitos individuais à interesses sociais. Esta ordem, associada a um executivo imoderado e a uma constituição flexível derrocou o arquétipo vigente em regimes totalitários.

### **2.1.3 O estado democrático**

Como Descreve Ranieri (2019), com o fim da Segunda Guerra, o Estado Democrático de Direito se estabelece como ordem jurídica majoritária nos

---

<sup>4</sup> Como exemplos tradicionais deste paradigma importam a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917.



países ocidentais. Herdeiro e sucessor dos modelos antecedentes, suas premissas iniciais se preocuparam mormente com a adoção de sistemas políticos democráticos, com a supremacia da Constituição, com a subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça e a irradiação deste conteúdo através de princípios e valores, bem como com a incidência da Constituição sobre as relações privadas com a proteção aos direitos humanos.

Em vistas ao que foi acima apresentado, entende-se como herdeiro dos modelos antecedentes por preservar em sua natureza os valores liberais, tais como a igualdade e a liberdade, logrados com a instituição do Estado de Direito, da mesma forma com que se preocupa com a materialização dos direitos constituídos, que outrora caracterizara o Estado Assistencialista (BRANCO, 2009. p. 66). No entanto, qualifica-se como sucessor a medida com que pretende aprimorar os anteriores, e, para esse fim, vale-se da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Dessa forma, ressalvadas as especificidades dos vários países, o cerne deste paradigma se acha associado à supremacia da constituição como hipótese indispensável à adequada efetivação de seus pressupostos autorizadores.

Nesse sentido, Alonso Garcia Figueroa indica quatro importantes aspectos relacionados à constitucionalização do direito, fenômeno que está associado ao desenvolvimento do Estado desde o fim dos regimes absolutistas, mas que encontra no Estado Democrático de Direito singular deificação. Segundo o autor, são implícitos a constitucionalização da ordem jurídica o aspecto material, o estrutural, o funcional e o político:

O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na conhecida recepção do sistema jurídico de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. Em outras palavras, o direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamental importância a materialidade da Constituição; (...) o aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento tem relação com a estrutura das normas constitucionais. O aspecto funcional se expressa através do tipo de argumentação que estas fomentam. Assumem relevância nesse contexto, os princípios constitucionais incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento; (...) em termos políticos, os aspectos anteriores representam consequências relevantes na correlação de forças existentes entre os Poderes do Estado (FIORAVANTI, 1998. p. 163 *apud* STRECK, 2013, p. 114).

Verifica-se, assim, que o papel a ser desempenhado pelo Estado neste contexto, ao menos em seu aspecto material, se consubstancia de acordo com a sua capacidade de efetivar e assegurar os direitos da sociedade civil, sem exclusão dos grupos minoritários e sob a proteção do princípio da legalidade.

Nessa perspectiva, ampliaram-se os direitos vistos como naturais ou inerentes à natureza humana, da mesma forma com que se diversificaram os compreendidos como prestacionais, consagrando, para além dos direitos a igualdade, a liberdade, os econômicos e sociais uma nova era de direitos que excedem a esfera individual de titularidade, denominados como direitos difusos, coletivos ou de terceira geração (SILVEIRA, 2013. p. 47).

Assim, o aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento jurídico assume a importante função de esquematizar os procedimentos pelos quais a realidade terá de se conformar aos valores e princípios constitucionais. Por essa razão, o paradigma se valerá de um mecanismo político-jurídico a fim de concretizar a supremacia da constituição, isto é, as limitações ao poder de reforma do texto constitucional.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 78-79), a primazia constitucional, em seu caráter político, reivindicará a posição de preeminência em relação às demais normas do ordenamento por expressar à vontade constituinte, que supera, neste cenário, a abstração do contrato social, “apresentando-se como resultado da vontade humana, expressa por intermédio de um documento escrito, destinado a habilitar o governo e a estabelecer seu funcionamento”.

O reconhecimento da vontade constituinte como pressuposto de legitimidade constitucional indica uma modalidade formal de constituição, aspecto que se justifica politicamente pela afirmação do princípio democrático (VIEIRA, 2018. p. 94).

Neste ponto, importante se faz a classificação doutrinária que distingue as constituições quanto ao seu aspecto histórico, a saber, em constituições outorgadas, pactuadas e populares (ou democráticas). Destas destaca-se a última, que segundo Paulo Bonavides, consoma sua legitimidade quando subordinada a soberania popular, posto que a constituição surgiria “por obra de uma assembleia constituinte (convenção) que primeiro submete por via do *referendum* à apreciação soberana do povo o projeto constitucional por ela elaborado” (BONAVIDES, 2020. p. 20).

Com efeito, distingue-se o poder constituinte, político ou originário do poder constituído, jurídico ou derivado, vez que o primeiro se legitima em razões de fato, como o surgimento de um novo paradigma estatal que inicia o desenvolvimento de uma nova ordem. Por outro lado, o poder constituído deriva de uma ordem já estabelecida, operando somente com o que por esta lhe fora atribuído.

Significa dizer que a constituição, na hipótese em que está sendo debatida, apresenta como mecanismo de proteção à sua integridade certa imutabilidade do texto constitucional, prescrevendo limitações explícitas à sua reforma, cuja alteração se subordina a uma formalidade específica, mais rigorosa que as demais.

Ainda sob o aspecto estrutural da constitucionalização, outro importante mecanismo responsável pela conformação do ordenamento jurídico ao axioma constitucional perfaz-se pelo controle de constitucionalidade das leis que, exercido por órgão jurisdicional “produz ao sistema um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou o tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política” (BONAVIDES, 2020, p. 308).

A saber, tal mecanismo conta com duas aplicabilidades distintas, se dedicando, em um primeiro momento, à compatibilização dos atos emanados pelos poderes constituídos às formas prescritas pela Constituição, analisando as atribuições das funções estatais instituídas, de modo a assegurar as competências da organização jurídica que foram dispostas pelo poder constituinte originário.

O controle de constitucionalidade avalia o conteúdo destes atos, aferindo a execução dos preceitos engendrados por este novo modelo constitucional que, como visto, superam as regras meramente absentéistas ou mesmo prestacionais, vinculando ao axioma de justiça todos os atos emanados pelos poderes públicos, bem como os praticados pela sociedade civil.

No mais, sabe-se que o controle jurídico de constitucionalidade se faz por via de exceção quando exercido por quaisquer juízes ou tribunais aos quais sujeitem-se causas em que para a conclusão da lide há a necessidade incidental de adequação a lei ou do ato normativo às prerrogativas constitucionais. Ou seja, a liquidação da controvérsia, objeto principal da ação, depende de uma declaração acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo em estado de contestação (BONAVIDES, 2020, p. 309).

Eleva-se, a posteriori, o controle de constitucionalidade por via concentrada, corolário a hierarquização do ordenamento jurídico, assim designado por se realizar através de um único órgão, cuja função fora atribuída pelo próprio poder constituinte legitimador. Através desta via argui-se a inconstitucionalidade como objeto principal da ação, sendo, portanto, uma tutela jurisdicional em abstrato, destinada não só as partes do processo, mas a todos que da constituição sejam jurisdicionados (SIMÃO, 2015, p. 124-125).

À vista disso, muitos publicistas apresentam ressalvas ao controle de constitucionalidade por via de ação, vez que:

É de assinalar que os escrúpulos doutrinários a esse respeito têm inclinado em matéria de controle de constitucionalidade diversos publicistas a se manifestarem mais favoráveis ao controle por via de exceção que por via de ação. Reputam o primeiro por sua natureza um controle de essência mais jurídica do que política e por isso mesmo mais fácil de acomodar-se a um sistema de Estado de Direito com base na teoria clássica de Montesquieu (BONAVIDES, 2020. p. 315).

É nesse sentido que Oscar Dias Corrêa (1986, p. 49), ainda circunscrito à constituição de um regime militar, indicou como um dos detentores do poder político os Tribunais de Justiça quando “em lugar de exercer meramente a função subordinada de aplicar a lei ao correspondente conflito de interesses, reclamam o direito de declarar inválidas as leis emitidas pelo parlamento e o Governo”.

Assim, segundo o histórico traçado pela constitucionalização do ordenamento jurídico percebe-se que no Estado Democrático de Direito, em especial, aqueles que contam com uma *constituição-programa*, haverá certo desequilíbrio entre as funções do Estado, dado que atribui à autoridade judicial o dever de dirigir a realidade aos padrões almejados pelo constituinte, ora pela adequação da norma as causas postas em juízo, ora pela revisão dos atos empreendidos pelo Estado.<sup>5</sup>

A análise construída nos remete ao gradual acoplamento estrutural entre o direito e a política, transformação condicionada pela própria edificação constitucional. De igual modo, nos apresenta a clássica distinção entre as funções do Estado sob o prisma do desenvolvimento constitucional.

---

<sup>5</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2020) a Constituição-programa caracteriza-se por direcionar o Estado a um ideal a ser realizado.

Em que pese a Teoria da Separação dos Poderes integrar todos os paradigmas apontados ao longo da digressão realizada, temos que a mesma, em cada um dos modelos, se mostrou dentro do sistema de freios e contrapesos por um viés particular, dada a perceptível proeminência de uma das funções estatais que se realizou em cada um destes modelos.

Todavia, a questão que desponta a respeito da disposição dos poderes no Estado Democrático de Direito, e que se investigará a seguir, refere-se à incongruência entre os postulados democráticos associados à legitimidade da constituição frente a crescente hegemonia da função judicial.

## **2.2 Os Desdobramentos da Jurisdição Constitucional**

Então, com o fim da segunda guerra mundial, emergiu uma nova acepção de democracia, marcada pelo reconhecimento dos diversos grupos constitutivos da sociedade contemporânea, distinguindo-se assim da sua versão original, enviesada pela submissão da minoria ante as vontades da maioria. A esse respeito, ensina Jürgen Habermas (2003, p. 153-154):

Na visão clássica, as leis da república são a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o ethos da forma de vida política comum se espelha nas leis: esse ethos não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos, ao passo que o princípio do exercício do poder no estado de direito parece colocar limites a autodeterminação soberana do povo, pois o “poder das leis” exige que a formação democrática da vontade não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais. Ora, na história da filosofia política, as duas fontes de legitimação do Estado Democrático de Direito surgem, concorrendo uma com a outra.

Vê-se que nas constituições contemporâneas, a democracia se conserva pelo equilíbrio entre diferentes legitimidades, a saber: a soberania popular e a salvaguarda dos direitos fundamentais.

A soberania popular consoma-se indiretamente por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos em que o constituinte admitir. Já, a salvaguarda dos direitos fundamentais, pela sujeição dos poderes constituídos aos dispositivos constitucionais, cuja usurpação refreia-se por intermédio da rigidez da constituição bem como pelo controle de constitucionalidade.

### 2.2.1 A judicialização da política

Como objeto em análise, interessa ao presente estudo os desdobramentos do controle de constitucionalidade quando exercido por órgão judicial, uma vez que os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, ainda que suscetíveis à investigação, se acham, a princípio, alicerçados pela legitimidade democrática antes consignada, condição que não aparenta se manifestar entre os integrantes do poder judiciário.

Elucidando a controvérsia desenvolvida pela preeminência da função judicial em um Estado Democrático, continua Habermas (2003, p. 154):

Em sistemas políticos, tais como o dos Estados Unidos e o da República Federal da Alemanha, que preveem uma instituição independente para examinar a constitucionalidade das leis emitidas pelo congresso, desencadeiam-se debates sobre a relação entre democracia e Estado de direito e sobre a função e a posição do Tribunal Constitucional, de grande influência política. Nos Estados Unidos, desde há muito tempo se desenvolve um debate acalorado sobre a legitimidade do controle das normas (*judicial review*), exercido pela *Supreme Court*, em última instância, pois a convicção republicana segundo a qual todo poder do Estado vem do povo recusa-se a aceitar o poder elitista de especialistas em direito, que, apelando somente para a sua competência específica de interpretar a constituição e sem serem legitimados pelas maiorias democráticas revogam decisões de um legislativo eleito democraticamente.

Nessa perspectiva, John Marshall, então Juiz da *Supreme Court*, já havia se posicionado no insigne aresto do caso “Marbury vs. Madison” quanto à questão, solvendo o antagonismo que ora se levanta ao dizer:

É dever do Poder Judiciário declarar o direito. De modo que se uma lei colide com a Constituição, se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a uma determinada causa, o tribunal há de decidir essa causa, ou de conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição ou de acordo com a Constituição ignorando a lei; em suma, à Corte compete determinar qual dessas regras antagônicas se aplica à espécie litigiosa, pois nisso consiste a essência mesma do dever judiciário (BONAVIDES, 2020. p. 314).

Verifica-se, portanto, que a função judicial do Estado, ao controlar o próprio poder, supera a visão estritamente positivista de Montesquieu, pela qual deveria se restringir aos dizeres da lei, sendo o controle de constitucionalidade essencial ao assentamento do sistema de freios e contrapesos.

Acresce-se a isso o acoplamento entre direito e política que, embora descrevam sistemas distintos, resultam de algo em comum: a Constituição.

Nessa acepção, Marcelo Neves (2008, p.98-99) se dedica a demonstrar a interdependência de ambos os sistemas através da diferenciação traçada pela Teoria de Niklas Luhmann:

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmicos horizontal, típico do Estado de Direito. A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da própria existência desse acoplamento. Porém, por meio dele, cresce imensamente possibilidade de influência recíproca e condensam-se as “chances de aprendizado” (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes. Destarte, a Constituição serve à interpenetração (e mesmo à interferência) de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas.

Atuando a Constituição como carta de poder e carta de direito observa-se que ambas as premissas se vinculam à própria noção de justiça dado que ao se justaporem sucessivamente uma a outra possibilitam a autorregulação do Estado que “excluindo certos ruídos intersistêmicos, incluem e fortifica outros” (NEVES, 2008. p. 98).

Isto é, atualmente, a separação dos poderes se caracteriza mais por uma composição e desagregação das funções do que por sua estrita segmentação. Significa dizer que a função judicial não usurparia a soberania popular, ao revés, justapor-se-ia aos atos emanados pelos poderes constituídos que sob o título de representantes do povo violassem direitos concebidos como fundamentais pela Assembleia Constituinte, tal como se seguiu a vigência do Estado Assistencialista.

De tal forma, diz-se que o Poder Judiciário exerce no Estado Democrático de Direito uma função contramajoritária ao declarar a inconstitucionalidade de leis e de atos normativos emitidos por poderes eleitos majoritariamente, com igualdade, atendendo às demandas político-sociais de grupos que não conseguiram expressividade numérica suficiente para se valerem do jogo político. Em referência, conclui Mauro Cappeletti:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição a democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que

seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas (CAPELLETI, 1999, p. 608).

Tal manifestação se eleva pela adoção do controle concentrado de constitucionalidade que permite a impugnação direta de uma lei ou de um ato normativo perante um determinado tribunal, gerando anulações em casos de incompatibilidade com a constituição, o que necessariamente resulta em uma decisão com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*.

A par disso, Fabricio Castagna Lunardi (2020, p. 44) identifica a judicialização da política em três dimensões:

A atuação dos Tribunais Constitucionais, nesses contextos, também é inerentemente política, pois, além de resolver disputas jurídicas específicas as cortes também definem, em conjunto com os demais poderes constituídos a forma como uma constituição deve ser entendida, auxiliando a estabelecer a identidade política de uma comunidade. Ademais, mediante o controle de constitucionalidade, a corte constitucional atua como forte componente discricionário de escolha entre duas ou mais opções possíveis interpretativamente e igualmente viáveis politicamente. Um terceiro aspecto da atuação política da corte diz respeito ao fato de que ela age estrategicamente, no sentido de avaliar o impacto de suas decisões, antecipar possíveis reações dos diversos políticos, bem como viabilizar sua eficácia.

Destarte, a judicialização se acha intimamente relacionada ao funcionamento das instituições dentro das disposições engendradas pela Constituição. Em outras palavras, é um fenômeno contingenciado pela própria sucessão histórica do movimento constitucional, posto que “coloca uma Corte no centro do sistema jurídico para tutela-lo” (VIEIRA, 2018. p.161).

### **2.2.2 O ativismo judicial**

Outro fenômeno entranhado ao Estado Democrático, o ativismo judicial se apresenta como fenômeno essencialmente jurídico posto que aduz a um comportamento específico do juiz ou tribunal que não eflui somente da natureza constitucional, mas que a utiliza para ir além dos parâmetros que pela constituição o fora atribuída.

Lênio Luiz Streck, por uma análise comparativa em relação à judicialização da política, considera:



A judicialização da política é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretense “avanço”, seja para manter o status quo). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial (STRECK, 2016, p. 724).

Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo judiciário é adequada a constituição, concretizadora de direitos fundamentais ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista (STRECK, 2016, p. 724).

A Judicialização da Política nada mais é do que a consumação do imperativo constitucional vigente que, como mencionado, amalha em seu corpo temas que se referem ao poder bem como ao direito (NEVES, 2008. p. 102). Assim, do ajuizamento destas questões, os juízes e os tribunais se debruçam acidentalmente quanto ao funcionamento das demais instituições.

Por seu turno, o Ativismo Judicial se associa ao modo como o órgão jurídico, no uso de sua função decisória, opera o direito à causa a ele apresentada, se em sua cognição age dentro dos parâmetros a ele estabelecido ou se ante a sua corrente autonomia os extrapola.

A inobservância do judiciário quanto aos limites de sua função parte da subsunção da ordem constitucional ao axioma de justiça que com a normatização dos princípios, aproxima o direito da moral, amplificando a atividade hermenêutica, dado que se caracterizam:

Nas palavras de Dworkin, um princípio é um “standard” que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”. Assim, a presença dos princípios no Direito impede que o fenômeno jurídico seja analisado por meio de raciocínios puramente formais e alheios a valorações substantivas, de modo que se torna inviável acolher a tese positivista de separação absoluta entre Direito e Moral (SANCHIS, p.82, apud PEREIRA, 2018. p. 140).

Os princípios são, portanto, mandamentos indeterminados que formam uma ordem de valores objetivos cuja aplicação se distingue das regras à medida que

estas descrevem mandamentos precisos e determinados que condicionam a cognição do aplicador do direito a sua percepção, não deixando margem a discricionariedade.

A esse respeito, Robert Alexy (2011, p. 90-91) expõe:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Assim, as causas que recaem sobre normas principiológicas demandam do juízo cognitivo a justa ponderação dos princípios, isto porque gozam de uma maior abertura semântica e de uma grande carga valorativa, não implicando na simples subsunção hierárquica, especial ou cronológica como se observa à aplicação das regras, mas sim em um sopesar de acordo com as particularidades que foram apresentadas ao juiz ou tribunal.

Parafraseando Hans Kelsen, a problemática em admitir valores de justiça à sistemática constitucional é necessariamente admitir muitos ideais diferentes, por muitas vezes conflitantes, uma vez que:

As normas que são efetivamente usadas como padrões de justiça variam de indivíduo para indivíduo e muitas vezes são mutuamente irreconciliáveis. Por exemplo, enquanto o liberal considera a liberdade como ideal de justiça (isto é, acredita na norma de que todos devem gozar de liberdade), o socialista vê o ideal na igualdade (isto é, acredita na norma de que todos devem gozar do mesmo bem-estar econômico). Quando se descobre que é impossível a realização simultânea desses dois ideais, o liberal prefere a liberdade ao custo da igualdade, ao passo que o socialista prefere a igualdade ao custo da liberdade. Uma ordem social que é justa do ponto de vista do liberal é injusta do ponto de vista socialista. Algo é justo ou injusto apenas para o qual a norma adequada de justiça existe, e essa norma existe apenas para os que, por um motivo ou outro, desejam o que a norma prescreve (KELSEN, 1998. p. 222).

Nessa acepção, depreende-se que os críticos da judicialização destinam-se a análise da proeminência da função judicial inserta em um Estado que

se vê atado as premissas de contenção do poder bem como da legitimidade democrática enquanto os críticos do ativismo judicial se ocupam com a análise das decisões judiciais, com as respostas proferidas por este poder expressivo que se transformou o judiciário.

Ernst Forsthoff (1986, p. 86 *apud* BRANCO, 2009. p. 66) há muito verificou que as Constituições Democráticas, na tentativa de conciliar as premissas do Estado de Direito com as do Estado Social, terminariam por exigir dos poderes constituídos eximia habilidade de conciliação entre as características de ambos os paradigmas, que, não sendo opostos são essencialmente diversos.

Isto é, no modelo contemporâneo coexistem normas autoaplicáveis, qualificadas pela imposição de limites negativos destinados a contenção do Poder e, ao mesmo tempo, normas de conteúdo impreciso, sujeitas a regulamentação ou a interpretação que concedem as funções do Estado discricionariedade à sua modulação “sob o marco do oportuno, necessário e possível” (BRANCO, 2009. p. 70).

Acresce-se a isso, a observação de Carl Schmitt (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 48-58) que indicou como ponto de inconsonância entre os modelos aludidos a delegação decisória por parte do legislativo. Schmitt verificou que a extensão da participação política na formação da vontade estatal a mais grupos sociais exigiria dos múltiplos partidos existentes a continua realização de acordos e compromissos para que alcançassem um consenso, atravancando a produção legislativa. Então, propôs o jurista como solução à inércia parlamentar o assenhoreamento das funções por um poder unificador capaz de materializar com facilidade os padrões engendrados pela constituição.<sup>6</sup>

Todavia, a produção legislativa destinada à execução das políticas públicas prometidas durante a vigência do *Welfare State* culminou por afeiçoar, após sua derrocada em regimes totalitários, certa depreciação aos poderes eleitos, que utilizaram da função legislativa para a elisão de direitos que, a partir do pós-guerra, passam a ser percebidos como inalienáveis e inerentes à própria condição humana. Então, como consequência, a lei “que em outro tempo era o escudo da liberdade e do Direito, converte-se, precisamente, numa ameaça a esses bens” (BRANCO, 2009. p. 63).

---

<sup>6</sup> Em que pese Carl Schmitt referir-se em sua obra ao Poder Executivo podemos facilmente observar que nas democracias contemporâneas o Judiciário tornou-se o símbolo de tal poder unificador.

Desse modo, temos que a constitucionalização do Estado Social somada à depreciação dos poderes representativos transfere ao judiciário a atividade decisória, o convertendo em um poder unificador, responsável por substancializar o conteúdo impreciso das normas constitucionais.

Com relação aos desdobramentos da jurisdição constitucional, Clarissa Tassinari (2013) observa dois sentidos distintos: um positivo, representado pelo predomínio das instâncias jurisdicionais e outro negativo, demonstrado pela fragilização dos outros poderes instituídos. Tal expressão, adverte a autora, “não remete a juízos de valor, mas propriamente aos ‘ganhos e perdas’ resultantes do assenhoreamento das funções do Estado pelo Judiciário, no sentido de que, havendo o fortalecimento de uma das funções haverá em contrapartida a debilidade das demais”.

Nessa perspectiva, o exercício da jurisdição se demonstra favorável ao Estado de Direito, bem como ao princípio democrático ao dedicar-se à aferição da constitucionalidade dos atos emanados por outros poderes constituídos, posto que preserva a aspiração do constituinte e assegura a uniformidade do ordenamento jurídico.

Contudo, em demandas destinadas a efetivação de normas constitucionais que careçam de substanciação por omissão de qualquer dos poderes do Estado, os juízes e tribunais desempenham, intencionalmente ou não, atividade discricionária, à medida que se afastam da simples interpretação da norma conforme a constituição e se aproximam das outras funções, preenchendo as lacunas por elas deixadas.

Não se pode olvidar que, finda a era dos Estados Assistencialistas, diversas constituições incorporaram ao seu texto cláusulas abertas, normas essencialmente axiológicas que sob viés de justiça tornaram a moral elemento do Direito. Assim, a postura ativista do Judiciário denota certa disfunção hermenêutica do pronunciamento judicial que ao dispor de amplas possibilidades de atuação, oportuniza a substituição da vontade constituinte pela consciência do intérprete.

Em que pese existirem diversas opiniões acerca do ativismo judicial, as disfunções que a ele se relacionam remanescem, dadas as dificuldades de se justificar objetivamente as decisões proferidas com juízos de valor distintos a contendas semelhantes.

Nesse sentido, Forsthoff adverte que o equilíbrio necessário à preservação do Estado que assenta sua legitimidade na soberania popular vê-se lesionado quando:

O equilíbrio se rompe alerta Forsthoff, quando o juiz deixa de estar abaixo da constituição e usurpa a competência decisória do legislador. Isso ocorre, prossegue, quando o juiz enxerga a constituição como uma ordem de valor. As interpretações, então, convertem-se em temas de opinião, erodindo toda a segurança jurídica, num processo em que de decisão judicial nada mais há do que a circunstância de ser levado a cabo por juízes. Essa conjuntura ganha realidade como resultado da constitucionalização do Estado Social, que demanda princípios abertos às necessidades e conveniências cambiantes e não prescinde de uma compreensão de direitos fundamentais ajustada a essa função social. (BRANCO, 2009. p. 67).

A despeito de tais fenômenos apresentarem como denominador comum o movimento constitucional, a judicialização da política eflui de fatores extrínsecos à atividade judicial, sendo essencial a salvaguarda da soberania popular bem como a hierarquia da Constituição.

Por sua vez, o ativismo judicial, condicionado a questões intrínsecas ao exercício da jurisdição, utiliza o conteúdo vago e ambíguo da Constituição à execução dos padrões de justiça enviesado pelo intérprete, o que faz óbice não só a segurança jurídica, mas principalmente ao princípio democrático, desvirtuando o texto constitucional.

### 3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS PAPÉIS

O direcionamento da função judicial ao centro do sistema constitucional é um fenômeno que também se apresenta na República brasileira. Nas três décadas de vigência da Constituição de 1988 “raros foram os dias em que decisões do Supremo Tribunal Federal não se tornaram manchete dos principais jornais brasileiros” (VIEIRA, 2018. p. 161).

A visibilidade que o Supremo Tribunal Federal alcançou é um acontecimento que deriva, em parte, da própria conjuntura das Cortes Constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

Significa dizer que o papel desempenhado pela Suprema Corte resulta, como visto anteriormente, do desenvolvimento da jurisdição constitucional, de modo que é possível constatar em outros Estados, Tribunais com características similares à Corte Constitucional brasileira.

Não se pode omitir, no entanto, que várias peculiaridades gravam o STF. A esse respeito, Luís Roberto Barroso (2019. p. 164), destacou como peculiaridades relativas ao protagonismo da Suprema Corte:

In the Brazilian case, this leading role is heightened by three singularities: (1) comprehensive constitutionalization, where the Constitution is used to regulate matters that in other parts of the world are regulated by ordinary legislation; (2) a hybrid system of judicial review, which facilitates access to the Supreme Court; and (3) an original jurisdiction of the Supreme Court in ordinary criminal proceedings against high-ranking authorities, which ultimately gave the Court great visibility and a leading role in the fight against corruption.<sup>7</sup>

Ainda nesse sentido, Diego Werneck Argueles e Leandro Molhano Ribeiro (2016), em artigo publicado pela Revista Direito GV, elencam como variáveis explicativas às transformações que vêm experimentando o Supremo Tribunal Federal: o redesenho do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade; a constitucionalização abrangente; o comportamento estratégico de atores políticos; a canalização das instituições políticas para os tribunais em geral e a crescente consolidação da democracia no país. Os autores concluem que essas variáveis

---

<sup>7</sup> Tradução livre do texto: No caso brasileiro, esse papel de liderança é reforçado por três singularidades: (1) constitucionalização abrangente, onde a Constituição é usada para regular assuntos que em outras partes do mundo são regulados por legislação ordinária; (2) um sistema híbrido de revisão judicial, que facilita o acesso ao Supremo Tribunal; e (3) uma jurisdição original do Supremo Tribunal em processos penais ordinários contra autoridades de alto escalão, o que, em última análise, deu ao Tribunal grande visibilidade e um papel de liderança na luta contra a corrupção.

decorrem principalmente do que o constituinte fez do Supremo Tribunal Federal e o que as demandas sociais e o comportamento dos atores políticos têm feito com a Corte. Isso porque a analiticidade do texto constitucional permite que debates políticos e morais sejam judicializados, do mesmo modo que viabiliza à partidos políticos derrotados na arena eleitoral reverterem decisões majoritárias através do judiciário.

Somam-se a essas variáveis outras características particulares ao cenário nacional, quais sejam: o foro por prerrogativa de função e a crise política que se iniciou a partir do julgamento da ação penal n.º 470 (Mensalão) que se acentuou em 2013 após os processos da Operação Lava-Jato.

De todo modo, as peculiaridades do Supremo Tribunal Federal foram a ele outorgadas pelo próprio constituinte, que ao dispor sobre as atribuições do Tribunal, o conferiu precipuamente a guarda da Constituição, mas também, competências originárias e recursais para processar e julgar outras questões, as quais se encontram no artigo 102 da Constituição.

Assim, para compreendermos melhor os papéis que o Supremo Tribunal Federal desempenha na democracia brasileira, é necessário explicar as competências acumuladas pela instituição e como elas levaram o Tribunal ao centro do sistema constitucional.

À vista disso, não serão examinadas à esmo todas as competências do STF, mas aquelas que auxiliaram seu deslocamento ao centro dos sistemas abordados.

### **3.1 A Competência Originária do Supremo Tribunal Federal**

Cumprido saber, a princípio, que a competência originária nada mais é que a determinação do juízo competente para conhecer a causa pela primeira vez, juízo em que o processo será distribuído e a necessidade conhecida pelo Poder Judiciário.

De tal forma, a Constituição Feral outorgou ampla competência originária ao STF, distribuída em dezesseis alíneas compreendidas no inciso I do artigo 102. Destas, importam a este estudo as competências inscritas nas alíneas *a* e *b*, ou seja, o Controle Direto de Constitucionalidade e o Contencioso Criminal.

### 3.1.1 Controle direto de constitucionalidade

Segundo Alexandre de Moraes (2021, p.17), é possível classificarmos três modelos de justiça constitucional, com base nos sistemas jurídicos adotados para garantir a supremacia da Constituição, quais sejam: o modelo norte-americano, o modelo austríaco e o modelo francês.

O modelo austríaco ou concentrado de constitucionalidade, foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional 16 de 1965 através da Representação de Inconstitucionalidade, mas sua aplicação aumentou significativamente após a Constituição de 1988, vez que foram ampliados os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, até então exclusiva do Procurador Geral da República e que atualmente se estende ao Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ao Governador de Estado ou do Distrito Federal; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; a Partido Político com Representação no Congresso Nacional; e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de Âmbito Nacional (BRASIL, 1988).

O controle direto de constitucionalidade, representado na alínea a do artigo que ora se refere tem como instrumentos a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e, embora previstas em dispositivos diversos da Constituição, também se inserem nesta competência a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Artigo 102, §1) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Artigo 103, §2). Essas ações, ressalvadas suas peculiaridades, têm como finalidade anular lei ou ato normativo que se revelem incompatíveis com as normas constitucionais.

Sabe-se que o controle direto de constitucionalidade foi idealizado por Hans Kelsen, teórico austríaco e importante expoente do positivismo jurídico do séc. XX que partindo da premissa básica do Estado de Direito – a separação dos poderes – se dedicou ao desenvolvimento de uma Teoria Pura do Direito, na qual este não fosse influenciado por outros sistemas.

A teoria de Kelsen (1934, p. 69) se encontra locada na ideia de validade por considerar que as normas são produzidas através de uma estrutura formal que determinam não só a hierarquia, mas o processo de sua elaboração.



Com tal característica, haveria no ordenamento jurídico uma estrutura escalonada, no qual normas hierarquicamente inferiores encontrariam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores:

A consciência do direito positivo, que revela a função da norma fundamental, também ilumina, quando analisada, uma propriedade específica do direito: o direito regula sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica regula o processo através do qual uma outra norma jurídica é criada e – em graus diferentes – também o conteúdo da norma a ser criada. Uma vez que, em virtude do caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e na medida em que tenha sido criada de determinada maneira, ou seja, através de uma maneira determinada por outra norma, essa outra norma representa o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que determina a criação de outra norma e a norma criada em conformidade com essa determinação pode ser representada na figura espacial da ordenação superior e inferior. A norma que determina a criação é a norma superior, a norma criada em conformidade com a determinação é a norma inferior. Assim, a ordem jurídica não é um sistema de normas coordenadas, que se encontram umas ao lado das outras, mas antes uma ordem escalonada com diferentes camadas de normas jurídicas. A unidade dessas normas é produzida pela cadeia que resulta do fato de a criação e, nessa medida, a validade de uma norma poder ser reconduzida a outra norma, cuja criação novamente é determinada por outra. Um regresso que leva finalmente à norma fundamental, à regra hipotética fundamental e, nessa medida, ao fundamento de validade mais elevado, que funda a unidade dessa cadeia de criação.

Nesse sentido, o legislador, supondo que as normas jurídicas nem sempre seriam respeitadas, deveria dispor de um órgão capaz e competente para avaliar as hipóteses de violação ao seu fundamento de validade. Desse modo, foi atribuído ao Tribunal Constitucional competência para examinar, em um plano geral e abstrato, o fundamento de validade das normas.

Por esse motivo, se diz que o Tribunal Constitucional concebido por Kelsen não exerce uma função propriamente judicial, mas sim de legislação negativa, já que suas decisões retirariam a norma incompatível com a Constituição do ordenamento jurídico por meio do controle de constitucionalidade, indicando, assim, uma atividade mais próxima a do legislador (LEAL, 2007. p. 118-131).

Neste aspecto tem-se a primeira peculiaridade do Supremo Tribunal Federal, que a despeito de ser Corte Constitucional, também integra o Poder Judiciário brasileiro. Tal característica, somada ao conteúdo abrangente da Constituição permite que uma variedade de questões sejam levadas diretamente ao Tribunal.

A esse respeito, Fabrício Castagna Lunardi (2020, p.31) em sua obra “O STF na política e a política no STF” assinala que no Brasil, o próprio Governo e as alianças políticas majoritárias costumam utilizar o controle de constitucionalidade a fim de resolverem conflitos políticos:

Cientistas políticos e constitucionalistas como Keith Whittington, Ran Hirschl, Louis Fisher Terri Peretti, George Lovell, Mark Graber, Kevin McMahon, Tom Ginsburg e Thomas Keck, por diferentes caminhos e perspectivas, afirmam que o judicial review é tolerado e muitas vezes incentivado por autoridades políticas eleitas. Segundo eles, a revisão judicial seria um dos muitos instrumentos dos quais os políticos se utilizam para fazer prevalecer os seus propósitos, sob o disfarce de interpretação constitucional. Portanto, tais autores trabalham fora da lógica linear de que as cortes constitucionais tiveram ascensão nas últimas décadas em razão da capacidade dos seus juizes, de que foram criadas e se mantêm em razão da necessidade de assegurar os direitos protegidos nas Constituições escritas, ou de que o chefe do Executivo e os parlamentares seriam contrários ao judicial review. Ao revés, mostram que o componente político é determinante para o fenômeno do aumento do poder dos tribunais constitucionais e para a ampliação, em âmbito mundial, do controle judicial de constitucionalidade.

À visto disso, Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 170) constatou em seus estudos que os partidos políticos que mais levam casos ao Supremo Tribunal Federal em um determinado período, são justamente aqueles que foram derrotados na arena representativa à época das eleições.

A despeito das ardilezas políticas, não se pode olvidar que o controle concentrado de constitucionalidade desempenha importante papel em relação a afirmação e implementação de direitos fundamentais como a declaração de constitucionalidade da Lei de Biossegurança (ADI 3.510/DF), que permitiu a realização de pesquisas em células-tronco embrionárias; a declaração de constitucionalidade da política de cotas raciais em universidades públicas (ADC 41/DF); a descriminalização do aborto de feto anencefálico (ADPF 54/DF) e o reconhecimento de existência de união estável entre casais homoafetivos (ADI 4.277/DF) (BARROSO, 2019. p.169-170).

### **3.1.2 Contencioso criminal**

Prosseguindo a análise da alínea *b* do artigo examinado tem-se a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, nas infrações penais comuns o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros

do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República (BRASIL, 1988).

Através desta alínea o poder constituinte originário previu o foro por prerrogativa de função, conhecido na linguagem popular como “foro privilegiado”. Todavia, o fim a que se destina o foro por prerrogativa de função diverge, em muito, de sua reputação.

A despeito das divergências doutrinas acerca da constitucionalidade do foro por prerrogativa de função, se tem entendido que:

tal prerrogativa de foro é assegurada não em razão de qualquer suspicácia contra o juiz de primeiro grau, mas fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político constitucional. Pretende-se não só evitar a utilização política no processo como também assegurar absoluta isenção no julgamento de questões que possam afetar o pleno exercício das funções públicas e a própria estabilidade do regime. (WALD, Arnald; MENDES, Gilmar.1997).

Logo, o foro por prerrogativa de função foi estabelecido em razão do cargo, do mandato ou da função sendo que seus representantes, na hipótese de serem acusados pela prática de infração penal serão processadas e julgados originariamente por um tribunal (PEREIRA, 2019. p. 18).

Ocorre que, nos últimos anos esta competência conduziu a corte ao centro do cenário político brasileiro, sobretudo após as operações do “Mensalão” e “Lava Jato” que tornaram autoridades políticas como deputados federais, ministros e senadores investigados pela Polícia Federal, acusados pelo Ministério Público e em razão do foro especial previsto pela Constituição, condenados pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal atuação, por si, desequilibra a disposição dos poderes em uma democracia, haja vista que:

The mere ordinary conduction of proceedings and criminal complaints by the Supreme Court produces na immediate impact on the balance of forces in The Parliament and on the courses of national political life. The opening of investigations, the receipt of criminal complainst, the ordering of precautionary measures – such as arrest or removal from office and the convictions, all increased the Court’s visibility, favored a more proactive and effective role in the fight Against corruption, and excessive intervention in the political game. (BARROSO, 2019. p. 168).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Tradução livre do texto: A mera condução ordinária de processos e denúncias criminais pelo Supremo Tribunal produz um impacto imediato sobre o equilíbrio de forças no Parlamento e sobre os cursos da vida política nacional. A abertura de investigações, o recebimento de reclamante criminal, a ordenação de medidas cautelares

Qualitativamente, a visibilidade auferida pelo Tribunal ao julgar as autoridades políticas envolvidas em grandes esquemas de corrupção enfraqueceu a credibilidade da instituição, de modo que, atualmente segmentos políticos reclamam ao Senado Federal o *impeachment* de ministros da corte.<sup>9</sup>

Inobstante tais argumentos, a dificuldade do Supremo em estabelecer uma cultura de precedentes, somada a um cenário marcado por uma crise de representatividade política levou a diferentes questionamentos quanto à imparcialidade da corte.

A esse respeito, é possível reportar-se ao próprio foro por prerrogativa de função que, por meio de uma interpretação literal da norma constitucional existe em razão da função pública exercida e abrange todas as infrações penais comuns.

Inicialmente, tal acepção era atendida pelo Supremo Tribunal Federal que considerava a diplomação parlamentar o início da sujeição ao foro especial e a cessão da investidura seu termo final, com exceção dos casos em que o crime fosse cometido no exercício do cargo, mandato ou função. Nestas hipóteses a competência especial seria mantida, conforme havia se estabelecido na Súmula Vinculante 394 (BRASIL, 2017).

Todavia, através da sessão plenária de 25 de agosto de 1999 a Corte mudou seu entendimento e a Súmula 394 foi cancelada. A partir desta data o STF passou a considerar que o foro por prerrogativa de função cessaria juntamente com o fim da função exercida pelo parlamentar, independentemente de o crime ter se consumado no exercício da função.

Ocorre que, em 2002 a Lei nº. 10.628 alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, de modo a estabelecer aos crimes relacionados ao exercício da função o foro especial mesmo as autoridades cujo mandato, cargo ou função houvesse cessado. Nesse diapasão, ao julgar a ação direta de constitucionalidade nº. 2797 o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional as alterações introduzidas pela lei, reestabelecendo, conseqüentemente, seu entendimento anterior.

---

- como prisão ou afastamento do cargo e as condenações, todos aumentaram a visibilidade do Tribunal, favoreceram um papel mais proativo e eficaz na luta contra a corrupção, e intervenção excessiva no jogo político.

<sup>9</sup> Deputados bolsonaristas pedem impeachment de Moraes <https://www.poder360.com.br/congresso/deputados-bolsonaristas-pedem-impeachment-de-moraes-depois-de-operacao/>

Entretanto, em 2018, ao julgar a Questão de Ordem referente a Ação Penal 937/RJ, o entendimento quanto ao foro por prerrogativa de função foi outra vez alterado, de modo a restringir sua incidência aos casos nos quais o crime pelo qual a autoridade seja processada tenha ocorrido durante o exercício da função e com esta esteja relacionado.

A importância da digressão jurisprudencial realizada demonstra as sucessivas alterações interpretativas do Supremo Tribunal Federal relacionadas ao foro por prerrogativa de função e de modo geral, a matérias de ordem penal que atuam em sentido contrário ao princípio da segurança e estabilidade jurídica “com equívocos na análise das regras penais, e uma consequente ampliação do modelo interpretativo, na seara do ramo do direito, que tem o poder de limitar a liberdade das pessoas” (FILHO, 2019. p. 261).

### **3.2 A Competência Recursal do Supremo Tribunal Federal**

A saber, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal se divide em ordinária e extraordinária.

Em recurso ordinário, cumpre a corte o julgamento das garantias constitucionais, decididas em única instância pelos Tribunais Superiores se denegatória a decisão. As garantias constitucionais são ferramentas processuais introduzidas pelo legislador constituinte que se destinam a defesa e a proteção dos direitos individuais e coletivos (BONAVIDES, 2020). São elas: o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data*, o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e a Ação Civil Pública.

Como consequência, o número de litígios levados ao tribunal nos últimos anos aumentou consideravelmente, seja pela ampliação dos legitimados a propositura da ação direta de constitucionalidade, seja pela tutela das liberdades constitucionais, que facilitaram o acesso ao tribunal.

Já, ao exercer a competência recursal o Supremo não analisa questões de fato, ou mesmo, executa suas decisões, dado que as devolvem após o julgamento ao seu juízo de origem. É por esta via que o tribunal, por meio do Recurso Extraordinário, realiza a análise concreta de constitucionalidade.

Como visto, a análise concreta de constitucionalidade se originou nos Estados Unidos pelo precedente *Marbury vs. Madison*, caso em que a corte norte-

americana primeiro exerceu a função revisional das leis aprovadas pelo legislativo. Por esta via, a análise de constitucionalidade é realizada incidentalmente, vez que para a solução do litígio que originou a ação se faz necessário um exame prévio de constitucionalidade.

Neste ponto, há de se mencionar que tal modelo é peculiar ao sistema jurídico anglo-saxão, também conhecido por *common law*. Desenvolvido na Inglaterra e herdado por suas colônias, o *common law* tem como fonte do direito os costumes existentes em uma sociedade:

A impositividade das normas consuetudinárias, que têm por fonte o costume, é dotada de validade e eficácia, como as normas legais. Sua condição de validade, isto é, o título que as faz normas integrantes do sistema, repousa, porém, num elemento diferente daquele que conhecemos para as normas legais. Não se trata de procedimentos regulados por normas de competência, mas da própria opinião necessitatis, o processo de institucionalização que as consagra como normas obrigatórias. Nesse sentido, toda norma costumeira é, no fundo, uma norma-origem, pois sua validade deriva diretamente da imperatividade do sistema que acolhe o costume por meio de suas regras estruturais (por exemplo, a regra doutrinária que diz ser o uso reiterado com convicção de obrigatoriedade uma fonte normativa). (JUNIOR, 2018. p. 255).

Com tal característica, ao estudar as possíveis soluções para um litígio, o juiz está obrigado a aplicar ao caso o costume cabível. Desse modo, se fez imprescindível para a manutenção do sistema a obediência aos precedentes judiciais utilizados como parâmetro para a solução de contendas que sejam semelhantes.

Em que pese o *judicial review* integrar o sistema jurídico brasileiro desde Proclamação da República, não houve adesão significativa do Judiciário aos precedentes judiciais, sobretudo pela tradição romanística que, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2018):

O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência.

Por esse motivo, ainda que o controle concreto de constitucionalidade, em sua origem, seja realizado em qualquer grau de jurisdição, no sistema brasileiro,

um tribunal só poderá reconhecer a inconstitucionalidade de um ato normativo pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial.

Outra característica peculiar ao exercício do *judicial review* em âmbito nacional se encontra no artigo 52, inciso X da Constituição, onde restou estabelecido ao Senado Federal competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo refere-se a abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade pela via recursal possui efeitos *ex tunc* e *inter partes*. Em outras palavras, se em recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, deverá, pelo que estabelece o artigo 52, inciso X da Constituição, notificar o Senado Federal para que este suspenda a executoriedade da norma declarada inconstitucional.

Acontece que a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal tem sido interpretada pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo como um simples ato de publicação da decisão, uma vez que foram implantados mecanismos como a Repercussão Geral, com o objetivo de conformar às instâncias inferiores as decisões proferidas em recurso extraordinário, aproximando os efeitos do controle difuso de constitucionalidade aos efeitos produzidos pelo controle concentrado:

Busca-se, com essa nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, especificamente no julgamento de recursos extraordinários, dar-se características objetivas ao controle difuso, ampliando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de modo a torná-los semelhantes aos efeitos obtidos no controle concentrado de constitucionalidade. É o que já está convencendo chamar de abstrativização dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade (DANTAS, 2018, p. 208).

Portanto, embora o constituinte tenha condicionado a produção de efeitos *erga omnes* aos casos de inconstitucionalidade declarada por via recursal a atuação política do Senado – o que remonta a tradição romano-germânica adotada pelo sistema jurídico brasileiro – a abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade por ato do poder judiciário se justifica em razão da incoerência em se permitir que uma norma cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo

Supremo Tribunal Federal continue sendo aplicada por juízes e outros tribunais de instâncias inferiores somente pelo processo não apresentar as mesmas partes.

Há de se salientar que ao ver desta pesquisa a abstrativização dos efeitos das decisões proferidas em Recurso Extraordinário pelo tribunal não podem ser realizadas por suas turmas tal como se dá o julgamento do controle incidental de constitucionalidade em razão da fixação de competência no Regimento Interno do Tribunal, vez que o artigo 97 da Constituição estipula que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Além disso, a Reserva de Plenário se faz necessária a teoria da abstrativização dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade uma vez que o Regimento Interno do Tribunal confere ao Pleno o controle direto de constitucionalidade, observado o quórum de oito Ministros para a votação.

De outro lado, as diferentes convicções que os ministros do Supremo Tribunal Federal apresentam em relação a temas de alta relevância constitucional faz imprescindível a deliberação pelo plenário da corte a fim de conferir estabilidade e evitar a fragmentação de sua jurisprudência, tendo em vista que há certa dificuldade em se identificar a *ratio decidendi* do Tribunal mesmo nos julgamentos relativos a ação direta de (in) constitucionalidade, uma vez que suas decisões costumam ser formadas por maioria de votos, na qual cada um dos ministros decide individualmente sem relacionar seus votos ao de seus antecessores à semelhança do que se deu nas decisões das ADI 3.510 e ADI 2.591 (LEITE; BRANDO, 2016).

Evidente, portanto, que o STF detém amplos poderes, apresentando um papel originário em matéria penal no processamento e julgamento de autoridades públicas com foro por prerrogativa de função; também exerce um papel de Corte Constitucional, já que acionada por um dos legitimados a propositura da ação realiza o exame direto de (in) constitucionalidade de leis, atos normativos e a salvaguarda dos direitos individuais. Por fim, o tribunal desempenha o papel de corte recursal ao examinar, em sede de Recurso Extraordinário, questões incidentais de constitucionalidade.

De um modo geral, “ao STF foram atribuídas funções que na maioria das democracias contemporâneas estão divididas em três tipos de instituições” (VIEIRA, 2018, p. 167). Somam-se a isso a má adequação ao sistema de



precedentes e o modelo agregativo de deliberação que denotam no cenário brasileiro que o deslocamento do tribunal ao centro do sistema político resulta, em maior parte, das decisões institucionais que concentraram na instituição funções oportunas ao desequilíbrio entre os poderes e a desagregação de seus entendimentos.

#### 4 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Superado o estudo sobre as competências exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, a presente secção do trabalho tem por objetivo analisar a composição dos principais modelos de cortes constitucionais no mundo, isto é, a Suprema Corte Americana e o Tribunal Constitucional Alemão. Além disso, devido sua semelhança com o sistema jurídico brasileiro, analisar-se-á a composição do Tribunal Constitucional Português a fim de estimar se suas características os tornam mais propensos aos fenômenos da judicialização da política e ao ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal é constituído por onze ministros escolhidos pelo Presidente da República sujeitos a aprovação pela maioria absoluta do Senado. Só podem integrar a corte aqueles que tenham entre trinta e cinco a sessenta e cinco anos de idade, que possuam notável saber jurídico e reputação ilibada.

Dispõe o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que em sua organização interna o Tribunal é composto pelo Plenário, pelas Turmas e pelo Presidente cuja escolha se dá por eleição entre os seus membros. Além disso, é peculiar a Corte a transmissão televisiva de seus julgamentos a fim de conferir transparência ao processo decisório, haja vista a adoção do modelo *seriatim* de decisão pelo sistema jurídico brasileiro.

Com relação ao modelo de decisão aplicado nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, Jose Angel Cornielles-Hernández explica:

El modelo seriatim se refiere a decisiones en las que cada juez emite una opinión para cada caso así, este modelo se caracteriza por la producción de un agregado de las posiciones individuales de cada miembro del colegio, cuyos votos sus respectivos fundamentos determinantes se exponen "en serie" en un texto compuesto. Em los tribunales que adoptan ese modelo, la deliberación comúnmente no se desarrolla con el objetivo de producir un texto final con una única ratio decidendi que pueda representar la posición institucional de la corte sino como una proclamación sucesiva de las decisiones individuales de los miembros del tribunal (HERNÁNDEZ, 2020. p. 102-103).<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Tradução Livre: O modelo seriatim refere-se a decisões em que cada juiz emite um parecer para cada caso assim, este modelo caracteriza-se pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colégio, cujos votos os respectivos fundamentos determinantes são expostos "em série" num texto composto. Nos tribunais que adotam esse modelo, a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única ratio decidendi que possa representar a posição institucional do tribunal, mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal.

No entanto, a adoção deste modelo tem um impacto negativo nas decisões do Supremo Tribunal, isto é, a não vinculação de seus membros aos precedentes da Corte:

Obviamente que a crítica se expande para além da atuação monocrática de cada Ministro, alcançando até mesmo às sessões plenárias, no sentido de que em muitas delas não haveria uma verdadeira deliberação no processo decisório, mas uma mera soma de votos convergentes. Todavia, a crítica das “onze ilhas” evidencia um efeito especialmente negativo no exercício das competências monocráticas: a pouca vinculação do Tribunal aos seus próprios precedentes, visto que os Ministros tendem a decidir mais conforme suas convicções pessoais do que com base nas “convicções” da Corte. Além disso, o modelo agregativo de decisões do Plenário – que evidencia uma postura mais individualista da Corte – traz em certos casos uma dificuldade de compreensão do significado de um precedente. De alguma forma foi mais ou menos o que sucedeu por ocasião do julgamento da ADPF 130, na qual se declarou a não recepção *in totum* da lei de imprensa. As razões apresentadas pelos ministros foram tão variadas que em sede de reclamação constitucional (Rcl 9428, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 25/06/2010), apreciada pelo Plenário da Corte, o Ministro relator César Peluso reconheceu que o pedido do reclamante se fundava em uma visão particular do voto do relator e não no posicionamento da Corte. (LEBA, 2020. p.167).

Tais particularidades inevitavelmente intervêm no arranjo institucional de um país, sobretudo em períodos de crise, nos quais o Supremo é reiteradamente avocado a interferir em interesses próprios de outros poderes.

#### **4.1 A Suprema Corte Americana**

A Suprema Corte norte-americana é composta por nove juízes escolhidos pelo Presidente da República que se sujeitam a aprovação pelo Senado. O Chefe do Executivo também realiza a escolha do Presidente da Suprema Corte, podendo ser um dos juízes que a compõe ou ainda, alguém que não a integre.

Quanto a nomeação, a Constituição Americana não exigiu muitos requisitos para integrar o Tribunal, à exemplo, não é necessário ter nacionalidade americana, comprovar o exercício de função jurídica ou mesmo ser formado em direito. Com tal característica, qualquer cidadão pode ser escolhido (ESTADOS UNIDOS, 1787).

Na Seção 1 do Artigo III da Constituição dos Estados Unidos acha-se a vitaliciedade de seus membros, ao dispor que “juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída

durante a permanência no cargo”. Ou seja, não há, como no Brasil a aposentadoria compulsória dos membros que integram o tribunal, estando autorizados a permanecerem na corte por tempo indeterminado, salvo nos casos de renúncia ou impeachment.

Embora o Artigo III seja omissivo quanto ao tema, diz-se que a Suprema Corte Americana é um Tribunal Recursal, vez que o controle de constitucionalidade é feito por meio da análise das decisões proferidas por tribunais de instâncias inferiores que declaram a inconstitucionalidade de uma lei ou julgam válidas leis contrárias a Constituição. Não significa, porém, que a Corte não exerça competência originária, vez que os casos envolvendo embaixadores, diplomatas, cônsules e aqueles que representam um Estado se dão, desde o início, na Suprema Corte (GREENHOUSE, 2012. p.3-4).

No mais, ao declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei, sua decisão deve ser adotada por todos os tribunais inferiores e pelas autoridades administrativas atendendo ao sistema de precedentes, cujo objetivo é assegurar a previsibilidade e a eficácia de suas decisões, a fim de manter a coesão do sistema jurídico.

#### **4.2 O Tribunal Constitucional Alemão**

Por sua vez, o Tribunal Constitucional Alemão é composto por dezesseis juízes, divididos em dois senados, cada qual com oito juízes, cuja metade é indicada pelo Parlamento Federal e os demais pelo Conselho Federal. Ao menos seis dos membros que integram a Corte, ou seja, no mínimo três juízes em cada um dos Senados devem proceder de um dos Tribunais Superiores da Alemanha, quais sejam: a Corte Federal de Justiça, a Corte Federal de Finanças, a Corte Federal do Trabalho, a Corte Federal Social e a Corte Federal Administrativa (ALEMANHA, 1949).

Para a nomeação, faz-se necessário atender alguns requisitos como ter entre quarenta a sessenta e oito anos de idade, ser graduado em direito, realizar provas de aptidão e ainda, submeter-se a um treinamento de capacitação. Como os juízes que integram a corte possuem mandato fixo, podem exercer suas funções pelo período de doze anos ou até serem aposentados compulsoriamente sendo vedada a reeleição de seus membros (ALEMANHA, 1949).

No mais, o Tribunal Constitucional Alemão tem natureza política, pois assegura a soberania da Lei Fundamental por meio do controle concentrado de constitucionalidade, ponto em que difere do modelo adotado pelo Brasil, principalmente no que diz respeito à concentração do controle de constitucionalidade em um único tribunal, de modo que o processo é suspenso quando, em um caso, for imprescindível a declaração da constitucionalidade de um ato normativo para a solução da controvérsia. Nestas hipóteses incidentais, a competência para declarar a constitucionalidade do ato continua sendo exclusiva do Tribunal Constitucional que, para tanto, deve ser acionado através de ação própria (ANDRADE et al, 2018. p. 250).

Com relação aos efeitos de suas decisões, pode-se dizer que:

Uma decisão que declara uma lei nula não tem apenas força de lei (§ 31 II BVerfGG), como também vincula, nos termos do § 31 I BVerfGG, conjuntamente com os fundamentos da decisão, todos os órgãos constitucionais da União, de tal sorte que uma lei federal de mesmo teor não possa ser promulgada novamente. Se o Tribunal Constitucional Federal constatar que uma lei promulgada após a entrada em vigor da Grundgesetz é nula por causa de sua incompatibilidade com a Grundgesetz, tal lei não tem, desde o início (ex tunc), eficácia jurídica. (SCHWABE, 2005. p.152).

Posto isso, infere-se que o Tribunal Constitucional da República Alemã é uma instituição eminentemente política, vez que suas decisões possuem força de lei e vinculam todos os órgãos da União.

### **4.3 O Tribunal Constitucional Português**

Já em Portugal, o Tribunal Constitucional é composto por treze ministros, dos quais dez são eleitos pela Assembleia Nacional, único órgão da estrutura legislativa do país.

A votação se dá por 3/5 dos presentes, contanto que o número destes seja superior a maioria absoluta de seus membros. Os demais juízes que integrarão a corte são escolhidos por aqueles que foram eleitos e seu Presidente por uma votação realizada entre os próprios ministros (PORTUGAL, 1976).

Além disso, ao menos seis dos ministros indicados ao tribunal devem ter exercido a carreira da magistratura e os demais possuírem, ao menos, graduação em direito. Ao comporem a corte, os ministros possuem um mandato, exercendo suas funções por um período de nove anos, vedada sua reeleição.

Semelhante ao que se dá no Brasil, a guarda da constituição foi entregue ao Tribunal Constitucional Português, ao qual foi outorgada a função de administrar a justiça em matérias de natureza jurídica constitucional (SANTOS, 2020. p. 40).

Todavia, a despeito do controle de constitucionalidade ser realizado por um tribunal específico de forma abstrata, nada impede que os tribunais inferiores realizem o exame concreto de constitucionalidade.

Outra semelhança em relação ao sistema brasileiro é a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade por omissão quando direitos previstos pela Constituição não sejam efetivados em razão de não haver regulamentação normativa.

Para além das semelhanças existentes entre a fiscalização jurisdicional dos dois países, a Constituição da República Portuguesa prevê uma fiscalização preventiva da constitucionalidade, através da qual atores políticos com competência para implementar alterações normativas podem provocar a corte acerca da constitucionalidade dessas normas, antes mesmo de sua publicação (LELIS, 2016. p. 59).

Diante da análise comparativa realizada entre a composição da Suprema Corte americana e dos Tribunais Constitucionais alemão e português, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua própria composição, acha-se, por vezes, mais propenso a judicialização da política e ao ativismo judicial, posto que além de apresentar um sistema *sui generis* de constitucionalidade, dispõe de um modelo decisório que reduz a capacidade da corte em direcionar as expectativas sociais quanto a interpretação de normas jurídicas, tendo em vista que publicização do processo decisório por instrumentos televisivos e de radiofusão destacam as controvérsias que existem entre as convicções de cada um dos ministros.

## 5 O PROTAGONISMO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA COMO ASPECTO DA NATUREZA SIMBÓLICA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Até o momento, a pesquisa se destinou as questões relacionadas ao deslocamento do poder judiciário ao centro do sistema político e as escolhas institucionais que agravaram essa alteração na democracia brasileira. No entanto, resta ainda o estudo do Supremo Tribunal Federal em relação a Constituição da República Federativa do Brasil enquanto ponto de tangência entre os sistemas da política e do direito.

A princípio, a ideia de Constituição como um acoplamento dos sistemas político e jurídico remonta à Teoria dos Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, sociólogo alemão do séc. XX.

Luhmann emprestou o conceito de *autopoiese* relativo as ciências biológicas para explicar a sociedade moderna por meio de sistemas operacionalmente fechados que se especializam por um código referencial de comunicação:

Na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, o ambiente não atua perante o sistema nem meramente como “condição infra-estrutural de possibilidade da constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, ruído, “*bruit*”, constitui algo a mais, “o fundamento do sistema”. Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma. (NEVES, 2008. p. 62).

Com tal característica, um subsistema social só seria capaz de se comunicar com o ambiente onde se desenvolve e com outros subsistemas sociais mediante um código-diferença pautado por um valor negativo e outro positivo, tal como o direito que enquanto subsistema social se fecha operacionalmente pelo código-diferença do *lícito/ilícito* se envolvendo com outros sistemas à medida que possa identificar em suas próprias normas códigos referenciais relativos a outros sistemas (LUHMANN, 2004. p.17).

Dentro dessa perspectiva, a Constituição de um Estado de Direito se apresenta como um mecanismo de interferência entre os subsistemas do direito e da política porque sua instituição permitiu que questões de autorreferência jurídica sejam solucionadas através do sistema político e questões de autorreferência política, solucionadas pelo sistema jurídico (NEVES, 2018. p. 66).

No entanto, a constante influência entre os subsistemas gera uma irritação que fragiliza suas unidades operativas e estruturais, de modo que, tão logo surjam situações de irritabilidade entre os sistemas, eles perdem sua autonomia operacional.

A principal consequência da justaposição entre os subsistemas do direito e da política é que ela impossibilita que os sistemas sociais se desenvolvam com autonomia, gerando situações de subintegração em razão da influência de outros códigos de referência em sua esfera de ação.

A esse respeito, Marcelo Neves (2018, p. 147):

A chamada corrupção sistêmica tem tendência à generalização nas condições típicas de reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito. Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais da reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e ambiente, inclusive no que se refere a um pretensão direito extra-estatal socialmente difuso.

Neste ponto, convém mencionar que a Constituição brasileira de 1988 é analítica porque é possível identificar em seu conteúdo matérias estranhas ao Direito Constitucional, normas que se adequariam melhor em leis infraconstitucionais, mas que por deliberação da Assembleia Constituinte ingressaram formalmente na Constituição e dirigente, porque sistematiza os objetivos fundamentais da República. Em consequência, a Constituição brasileira é nominal porque a dinâmica do processo político ainda não se adaptou às suas normas e, portanto, carece de realidade existencial (PEREIRA, 2015. p. 20).

Entretanto, ainda que a Constituição não se desenvolva como horizonte normativo-jurídico do sistema político, tais aspectos fortalecem seu sentido simbólico.

A esse respeito, Marcelo Neves (2018) aponta como principal forma de Constitucionalização Simbólica aquela que atende, após períodos ditatoriais, as demandas de um público por meio de um texto normativo responsável por incorporar todas as conquistas do constitucionalismo liberal, social e democrático sem que as estruturas sociais vigentes, responsáveis pela concretização normativa do texto sejam realizadas.



Segundo o jurista, para que se possa constatar a relevância simbólica de uma norma tem de se verificar em seu corpo normativo funções de natureza política-simbólica socialmente mais fortes que sua função de natureza normativo-jurídica. Deste modo, a Constitucionalização Simbólica seria mais relevante do que a mera legislação à medida que esta é específica e destinada a casos concretos, enquanto a Constitucionalização é geral e abstrata orientando as atividades desempenhadas pelo poder público e pela sociedade como um todo (NEVES, 2018. p. 150).

Reportar-se a extensão da Constituição é relevante ao tema proposto, vez que leva ao poder judiciário “questões de larga repercussão política ou social” (BARROSO, 2009. p. 3), e que por seu aspecto dirigente oportuniza aos tribunais uma postura mais ativista, já que não raras são as vezes em que decidem com fundamentos diversos ao direito:

Esse processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e por consequência gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de discricionariedade atribuído ao corpo político para tomar decisões políticas relevantes foi reduzido” (VIEIRA, 2018. p. 167).

A promoção de políticas nacionais por uma autoridade judicial é um comportamento, em muito, característico de constituições ambiciosas, destinadas a direcionar a atuação do legislador e do administrador que, pela adoção do controle de constitucionalidade e ampliação dos mecanismos de acesso a Corte, transferiram a ela a responsabilidade de controlar os poderes representativos.

No Brasil, a contínua intervenção do Supremo Tribunal Federal em políticas nacionais associada a não observância de seus próprios precedentes fez com que a Corte atraísse para si a crise pela qual atravessa o sistema representativo. Ademais, a contínua alteração interpretativa e a ausência de uma *ratio decidendi* em seus julgamentos, não apenas lesionam a segurança jurídica como indicam a influência de outros sistemas que não o do direito nas decisões do Tribunal.

## 5.1 A Atuação Simbólica do Supremo Tribunal Federal

Ao longo dos anos, a desenvoltura política do Supremo Tribunal Federal revivesceu questões como a falta de legitimidade democrática das Cortes Constitucionais aparentemente superadas com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Pois, como mencionado em capítulo anterior, o Estado Democrático de Direito, estabelecido após o colapso dos Estados Assistencialistas em regimes totalitários transferiu aos Tribunais Constitucionais a função de efetivar e assegurar os direitos da sociedade civil, sem a exclusão dos grupos minoritários.

À vista disso, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso em artigo publicado em 2018 se dedicou a demonstrar que nas democracias contemporâneas as Supremas Cortes e os Tribunais Constitucionais exercem, para além da clássica divisão de poderes apresentada por Montesquieu, os papéis contramajoritário, representativo e iluminista.

Segundo o Ministro, o papel contramajoritário é necessário para a jurisdição constitucional nas atuais democracias porque as Cortes Constitucionais, embora compostas por membros não eleitos, podem declarar a inconstitucionalidade de normas aprovadas pelo parlamento a fim de preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático (2018, p.241).

Contudo, os fundamentos que sustentam o papel contramajoritário do Supremo demonstram certa debilidade, especialmente no que diz respeito à proteção das regras do jogo democrático. Considerando que, apesar das atitudes juridicamente lícitas, a instituição tem violado os valores e as virtudes do jogo político (GLEZER, 2021. p.33).

São identificadas com certa frequência violações aos valores do jogo político pela corte no exercício do contencioso criminal, à exemplo do que se deu em 2019 com a instauração do Inquérito 4.781 pelo ministro Dias Toffoli a fim de apurar fatos e infrações correspondentes “a divulgação de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*” as quais colocavam em risco a “honorabilidade e segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 23).

Sem prejuízo de outras nulidades e incoerências que possam ser apontadas quanto a instauração do Inquérito, chama a atenção a incompatibilidade do ato segundo as previsões constitucionais que conferem a apuração de infrações penais contra a ordem pública e social em detrimento de serviços e interesses da União e de suas entidades à Polícia Federal (artigo 144, §1º), bem como ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos, cabendo a ele promover o inquérito e exercer o controle externo da atividade policial (artigo 129, incisos II, III e VII).

Na portaria, o Ministro Dias Toffoli utilizou como fundamento o artigo 43 do Regimento Interno do Tribunal que possibilita ao Presidente instaurar inquérito nos casos de infração à lei penal por pessoa sujeita a sua jurisdição, desde que a infração tenha se dado nas dependências do tribunal, argumento que levou o partido Rede Sustentabilidade ajuizar a ADPF 572 alegando que o artigo utilizado como fundamentação da Portaria se tratava de poder de polícia interno, exigindo que o fato ocorresse na sede do Tribunal e que envolvesse, cumulativamente, autoridade ou pessoa sujeita a jurisdição do Supremo, requisitos que não se apresentavam no caso e que, nos moldes de um sistema acusatório, ensejariam a atuação da Polícia Judiciária ou do Ministério Público, mas de nenhuma forma a atuação do Judiciário.

No julgamento da ADPF foi declarada a constitucionalidade da portaria que nos termos do voto proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin, restou estabelecido que o emprego do artigo 43 do RISTF como fundamento para a abertura do Inquérito seria constitucional “nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas”.

Advém, neste ponto, questões como: as circunstâncias de fato próprias e exclusivamente envolvidas com o ato são justificativas suficientes para a mitigação do devido processo legal, da separação dos poderes e do juiz natural bastando que sejam invocadas em nome do Estado Democrático de Direito? Essas ações reduzem a capacidade do sistema jurídico em estabilizar as expectativas de comportamento?

Para responder a essas questões é preciso determinar se é possível defender que ações como as que ocorreram com a abertura do Inquérito 4.781 sejam reiteradas e universalizadas (2021, p. 45), haja vista que a função do direito é generalizar e estabilizar expectativas a fim de regular o comportamento da sociedade:

É para assegurar essas expectativas não modificáveis por atos particulares dos indivíduos que existe o direito, o sistema jurídico... A função do direito se aplica como estabilização contrafática de expectativas de comportamento, de modo que as normas jurídicas sejam expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas (AMADO, 2004. p. 333 apud MADEIRA, 2007.p. 20-39).

Ainda quanto a declaração da constitucionalidade da portaria GP 69/2019, destaca-se que a competência criminal exercida pelo Supremo Tribunal Federal se dá, especialmente, em face do Poder Executivo e Legislativo, cujos membros são eleitos pelo sufrágio universal. Significa que, a despeito dos argumentos de que os poderes eleitos passam por uma crise de "legitimidade, representatividade e funcionalidade" (BARROSO, 2018. p. 245) a perseguição e a condenação de figuras políticas "abre uma batalha sem precedentes entre o estamento jurídico e político" (VIEIRA, 2018. p. 43):

Em consequência da excêntrica taxa de criminalidade no escalão superior de nossa República, o Supremo passou a agir como juízo de primeira instância criminal, como vimos no caso do mensalão e agora estamos testemunhando na Operação Lava Jato. O Tribunal não está equipado para analisar em pormenores os fatos e, mesmo que ampliasse sua capacidade institucional para fazê-lo, seu escasso tempo seria consumido em intermináveis instruções criminais, desviando-o de suas responsabilidades mais propriamente constitucionais. O resultado tem sido a impunidade, quando não a seletividade, de sua jurisdição criminal. A partir do julgamento da ação penal 470, o mensalão, o Supremo experimentou o enorme poder que essa atribuição, até então dormente, lhe conferia, assim como os pesados custos da superexposição e da tensão política decorrente do julgamento de altas autoridades (VIEIRA, 2018. p. 167).

O conflito com os poderes eleitos, além de prejudicar a reputação do Tribunal dificulta o exercício da função contramajoritária pelo Supremo, vez que em uma democracia, pautada pela separação e harmonia entre os poderes, a Corte dependerá em alguma medida da validação das demais instituições:

From entirely reasonable and traditional definitions of popular sovereignty and political equality, the principle of majority rule can be shown to follow by logical necessity. Thus, to affirm that the Court supports minority preferences against majorities is to deny that popular sovereignty and political equality, at least in the traditional sense, exist in the United States; and to affirm that the Court ought to act in this way is to deny that popular sovereignty and political equality ought to prevail in this country. In a country that glories in its democratic tradition, this is not a happy state of affairs for the Court's defenders; and it is no wonder that a great deal of effort has gone into the enterprise of proving that, even if the Court consistently defends minorities against majorities, nonetheless it is a thoroughly "democratic" institution. But no amount of tampering with democratic theory can conceal the fact that a system in which the policy preferences of minorities prevail over majorities is

at odds with the traditional criteria for distinguishing a democracy from other political systems. (DAHL, 1956. p. 283) <sup>11</sup>

Segundo Robert Alan Dahl, os Tribunais Constitucionais não seriam capazes de, por si só, influenciar os rumos da política nacional, uma vez que, como visto em capítulo anterior, sua composição depende da indicação e da anuência dos poderes sujeitos a eleição.

Portanto, a falta de um acordo substancial entre esses poderes transformaria as tentativas da Corte de promover políticas nacionais em uma “catástrofe” (DAHL, 1956). Como exemplo, o cientista político menciona o caso *Dred Scott v. Sandford* no qual a Suprema Corte Americana, a fim de preservar os direitos de um grupo minoritário e evitar uma guerra civil, declarou que os afrodescendentes do país não eram cidadãos americanos e que por isso, não estavam protegidos pela Constituição de modo que mais a frente, tal decisão serviu como fundamento para a segregação racial no país.

No Brasil, as ações da corte em relação às elites políticas, especialmente em matérias relacionadas à separação de poderes ou a distribuição do poder político, são muitas vezes ignoradas ou ainda retaliadas por atores políticos (LUNARDI, 2020. p. 68), assim como se deu com a condenação do Deputado Federal Daniel Silveira pelo Supremo Tribunal Federal por crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito. O julgamento da AP 1044 condenou o deputado a 8 anos e 9 meses de prisão em regime fechado, no entanto, um dia após a decisão do Tribunal o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, valendo-se do artigo 84, inciso XII da Constituição concedeu, mediante decreto, Indulto Individual ao deputado impossibilitando que a pena imposta pelo Tribunal produzisse seus efeitos.

Além disso, Luís Roberto Barroso (2018. p. 245) atribui as Cortes Constitucionais o papel representativo, ainda que na concepção clássica da

---

<sup>11</sup> Tradução Livre: A partir de definições inteiramente razoáveis e tradicionais de soberania popular e igualdade política, o princípio da maioria pode ser demonstrado por necessidade lógica. Assim, afirmar que o Tribunal apoia as preferências das minorias contra as maiorias é negar que a soberania popular e a igualdade política, pelo menos em seu sentido tradicional, existem nos Estados Unidos; e afirmar que o Tribunal deve agir desta forma é negar que a soberania popular e a igualdade política devem prevalecer neste país. Num país que se regozija com a sua tradição democrática, esta não é uma situação feliz para os defensores do Tribunal; e não é de admirar que tenha sido feito um grande esforço para provar que, mesmo que o Tribunal defenda sistematicamente as minorias contra as maiorias, no entanto, é uma instituição completamente “democrática”. Mas nenhuma manipulação da teoria democrática pode esconder o fato de que um sistema em que as preferências políticas das minorias prevalecem sobre as maiorias está em desacordo com os critérios tradicionais para distinguir uma democracia de outros sistemas políticos.

separação dos poderes esta função pertença ao Parlamento. De acordo com o Ministro, o legislativo não expressaria em todos os casos o sentimento da maioria em razão das deficiências próprias do sistema eleitoral, em que minorias partidárias atuam como *veto players*, e agentes políticos procuram a satisfação de interesses especiais no exercício da legislação, de modo que em algumas questões o poder judiciário, pela qualificação profissional e vitaliciedade de seus membros, assim como pelo dever de fundamentar suas decisões se tornaria a instituição mais representativa dos anseios sociais quando comparada aquelas sujeitas a eleição.

Nota-se, entretanto, que tal entendimento reflete um viés aristocrático de governo no qual o poder é exercido por um pequeno grupo de pessoas consideradas qualificadas para tal:

Afirmamos que só há três regimes ou formas de Estado: monarquia, aristocracia e democracia. Já dissemos que a monarquia é o Estado onde há um só soberano, estando o povo excluído da soberania; democracia, ou regime popular, é aquele em que todo o povo – ou sua maioria reunida em assembleia — tem o poder soberano; na aristocracia, uma minoria, reunida num órgão decisório, tem o poder soberano e legisla para o restante do povo — tanto de modo geral como para os indivíduos em particular (BODIN, 1530-1596 *apud* BOBBIO, 1980. p. 95).

No que se refere ao dever de fundamentação, percebe-se nas razões dos pronunciamentos judiciais da corte que a função político-simbólica da norma muitas vezes se sobrepõe à sua função normativo-jurídica o que favorece a perda da autonomia operacional do direito enquanto subsistema social. À exemplo, o Recurso Extraordinário 657718/MG, no qual o Supremo Tribunal Federal, por maioria, fixou a tese de que o Estado não pode ser obrigado a aprovar medicações experimentais sem registro sanitário porque as decisões que o condenam ao tratamento e aos custos dos medicamentos estariam lesando os cofres públicos revela que as determinações do sistema político, em tal caso econômico, interferem no sistema jurídico sem que sejam mediatizadas por seu código referencial.

Inobstante os efeitos desta decisão, é possível inferir que os agentes responsáveis pela aplicação das normas jurídicas, no caso, o Supremo Tribunal Federal, contribuem com a perda da autonomia operacional e independência funcional do sistema jurídico, o tornando incapaz de homogeneizar as expectativas normativas em relação ao texto constitucional.

A dificuldade em orientar as expectativas normativas em relação ao texto constitucional é acentuada pelo uso indiscriminado de competências

monocráticas, em que cada um dos membros do Supremo Tribunal Federal atua de forma isolada e individualista (LEBA, 2019. p. 166), tal como se deu na liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, atinente ao HC 191.836 no qual se determinou a soltura de um dos líderes de alto nível hierárquico da organização criminosa do Primeiro Comando da Capital ante a inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal em contrariedade ao estabelecido pelo plenário da corte no julgamento das ADCs 43 e 44, através das quais o tribunal firmou o entendimento de não ser mais admitida a execução provisória da pena, após condenação em segundo grau.

Casos como o acima narrado são emblemáticos porque afetam matérias de ordem penal e relativizam garantias asseguradas constitucionalmente por meio de decisões judiciais, transferindo aos tribunais o encargo de definir aqueles a quem tais garantias deverão valer.

Nesse caso, o que se observa em relação ao comportamento do Supremo Tribunal Federal, para além dos papéis contramajoritário e representativo é a reprodução de decisões constitucionalmente simbólicas ou “catimbas constitucionais” que desvirtuam os valores do jogo político e instituem uma “crise de confiança constitucional, na qual a Constituição perde a capacidade de impor limites e orientar a conduta dos agentes públicos”. (GLAZER, 2021. p.104).

Em adição a outras decisões referidas por este trabalho, é possível exemplificar o raciocínio desenvolvido através do julgamento do HC 126.292/SP, no qual o ministro Edson Fachin afirmou:

Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da constituição da república, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os tribunais superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. (BRASIL, 2016, p. 21).

O emprego da expressão “sem apego a literalidade” denota o distanciamento do julgador a força normativa da Constituição. Em que pese a Constitucionalização Simbólica tratar precipuamente da função legislativa do Estado, a sobreposição de códigos morais, políticos e econômicos sob o sistema jurídico é um fenômeno que também se apresenta nas decisões do poder judiciário, em

especial, nos atos do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a dimensão que alcançam os efeitos de suas decisões.

A continua alteração interpretativa das normas constitucionais, além de exprimirem dificuldade de compreensão do próprio sentido adotado pela Constituição, indicam a perda da autonomia operacional do sistema jurídico que enfraquece a autoridade dos poderes instituídos em prejuízo ao próprio Estado Democrático de Direito.



## 6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a promoção de políticas nacionais por uma autoridade judicial é um comportamento característico de constituições ambiciosas que se destinam a direcionar a atuação do legislador e do administrador. Todavia, a adoção de um controle misto de constitucionalidade e a ampliação dos mecanismos de acesso a corte transferiram o Supremo Tribunal Federal ao centro do sistema político.

Todavia, a continua intervenção do tribunal no rumo político do país fez com que ele atraísse para si a crise pela qual atravessa o sistema representativo. Soma-se a isso, a inobservância dos precedentes da corte pelos próprios ministros que a integram, contribuindo para a perda da força normativa da Constituição o que dificulta sua capacidade de impor limites e orientar a conduta dos agentes públicos que cada vez mais se valem da corte para obter a interpretação constitucional que melhor os convém.

Embora a Constituição seja o ponto de tangência entre os subsistemas do direito e da política, a utilização de códigos estranhos ao sistema jurídico nos pronunciamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, deprecia o sentido Democrático do Estado, uma vez que a corrupção da autonomia operacional do direito o torna incapaz de direcionar as expectativas normativas de seus jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **Teoria geral do Estado**. 3 ed. São Paulo: Manoele, 2010.

ALEMANHA. **Ley Fundamental para la República Federal de Alemania**. Bonn: Departamento de Prensa e Información Del Gobierno Federal, 1949.

ANDRADE, Eliane Vila Real de *et al.* **Análise comparativa da composição do supremo tribunal federal, da suprema corte americana e do tribunal constitucional federal alemão**. *Virtuajus*, Belo Horizonte, p. 248-270, 17 abr. 2018. Semestral. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18019>. Acesso em: 19 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Editora Universidade de Brasília, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 41**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 08 de junho de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 43**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 07 de setembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 44**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 07 de setembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 3510**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 09 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2378578>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 2591**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990517>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 2797**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15 de setembro de 2005. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 4277**. Relator: Ayres Britto. Julgamento: 05 de maio de 2011. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal n. 470**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 02 de agosto de 2012. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal n. 937**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 03 de maio de 2018. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal n. 1044**. Relator: Alexandre de Moraes. Julgamento: 04 de abril de 2022. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6207102>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n. 572**. Relator: Edson Fachin. Julgamento: 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 26 de novembro de 2016. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752/PR**. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento: 05 de abril de 2018. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 191.836/SP**. Relator Ministro Marco Aurelio. Julgamento: 23 de novembro de 2020. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6012107>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4781**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção n. 4733**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento: 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal n. 937**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/mincelsomello/assets/img/AP937>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 657718**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de tutela antecipada n. 175**. Relator: Ministro Presidente. Julgamento: 18 de setembro de 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>

CAPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CORREA, Oscar Dias. **A crise da constituição e o supremo tribunal federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

COSTA, Claudia Marcia. **O protagonismo do poder judiciário no estado social e democrático de direito**: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. 2017. 169 f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie.

DAHL, Robert A. **Decision-making in a democracy**: The Supreme Court as a national policy-maker. J. Pub. L., v. 6, p. 279, 1957.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional processual**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ESTADOS UNIDOS. **Constituição dos Estados Unidos da América**, 1787. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>. Acesso em: 13 maio. 2022.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FILHO, Dermeval Farias Gomes. **Dogmática penal** / Dermeval Farias Gomes Filho - Salvador: Editora JusPodívum, 2019.

GLAZER, Rubens. **Catimba constitucional**: O STF, do antigo jogo a crise constitucional. São Paulo: Editora JusPodívum, 2021.

GREENHOUSE, Linda. **The U.S. supreme court**: A Very Short Introduction. Editorial: Oxford University Press, 2012.

HABERMAS, Juergen. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERNÁNDEZ, J. A. C. **¿Seriatim o per curiam? modelos de decisiones colegiadas emitidas por las cortes constitucionales**. *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 95–122, 2020. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/203>. Acesso em: 14 maio. 2022.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Grupo GEN, 2021. 9788530994198. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994198/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

LANDFRIED C, editor. **Judicial power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations**. Cambridge: Cambridge University Press; 2019.

LEBA, Thalles Furtado. **Supremacia judicial e competências monocráticas: duas críticas sobre a atuação do supremo tribunal federal ao longo de 30 anos de vigência da constituição federal de 1988**. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 23, n. 9, p. 147-171, fev. 2020. ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4222>>. Acesso em: 14 maio 2022.

LEAL, M. C. H. **Sobre as influências de kelsen para o controle de constitucionalidade: da teoria pura do direito à idéia de tribunal constitucional e suas perspectivas em face do estado democrático de direito – uma análise**. Disponível em: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/monia\\_clarissa\\_hennig\\_leal.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/monia_clarissa_hennig_leal.pdf). Acesso em: 14 abr. 2022.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. **Dispersão de fundamentos no supremo tribunal federal: Scattered Arguments in Federal Supreme Court**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. ed. 48, p. 139 – 166. 2016. DOI 10.17808/des.48.738. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/738>. Acesso em: 1 abr. 2022.

LELIS, Rafael Carrano. **Controle de constitucionalidade, ativismo judicial e ameaças à legitimidade democrática: uma Análise Comparada entre Brasil e Portugal**. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 22, n. 1, 2016

LUNARDI, Fabricio Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2 ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADEIRA, Lúgia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 28, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de La Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, A. D. **Direito constitucional**. Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 15 maio 2022

NEVES, Marcelo. **Entre tâmis e leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEREIRA, Jane Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Educação, 2018.

PEREIRA, Renata Mota Henriques de Sá. **Foro por prerrogativa de função no STF: finalidade teórica versus aplicabilidade prática**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio**. Coimbra: Editora Limitada, 1989.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 13 maio. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo, 2015.

RANIERI, Nina. **Teoria do estado: do Estado de direito ao Estado democrático de direito**. 2 ed. São Paulo: Manoele, 2019.

SANTOS, Nathan Vinagre Augusto dos. **A vitaliciedade dos ministros do STF: estudo comparado com o tribunal constitucional de Portugal**. 2020. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão**. Organização: MARTINS, Leonardo. Tradução: MARTINS, Leonardo et al. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contra majoritário do supremo tribunal federal**. São Paulo: Editoria Atlas S.A, 2014.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão judicial**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Revista Espaço Jurídico Journal of Law – UNOESC**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALD, Arnald; MENDES, Gilmar. **A subversão da hierarquia judiciária**. O Estado de São Paulo. São Paulo, 1997. Disponível em: Acesso em: 22 abr. 2022.