

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

JOSÉ LEITE SARAIVA FILHO

Legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal  
e a necessidade de um tribunal constitucional brasileiro exclusivo

Doutorado em Direito

São Paulo

2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

JOSÉ LEITE SARAIVA FILHO

Legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal  
e a necessidade de um tribunal constitucional brasileiro exclusivo

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito, na subárea Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos (Marcelo Figueiredo).

São Paulo

2024

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -  
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Saraiva Filho, José Leite  
Legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal e a  
necessidade de um tribunal constitucional brasileiro  
exclusivo. / José Leite Saraiva Filho. -- São Paulo:  
[s.n.], 2024.  
164p. ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo.  
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. legitimação democrática. 2. Supremo Tribunal Federal.  
3. Tribunal Constitucional e exclusivo. I. Figueiredo,  
Marcelo de Oliveira Fausto . II. Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em  
Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

JOSÉ LEITE SARAIVA FILHO

Legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal

e a necessidade de um tribunal constitucional brasileiro exclusivo

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito, na subárea Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo (Marcelo Figueiredo).

Aprovado em: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_ .

**Banca Examinadora**

Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo (Orientador)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Assinatura: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

*Para Julia*

*Ao Professor Marcelo Figueiredo,  
o agradecimento pelo apoio de sempre.*

*Amo ao Senhor de todo coração*

*Porque atendeu a voz da minha  
prece*

*Inclinou para mim os seus ouvidos*

*Escutou-me no dia em que o  
chamei.*

**Salmo 116 (117)**

## RESUMO

Atualmente, cresce o interesse social, político e acadêmico a respeito da legitimação democrática dos tribunais responsáveis pela eficácia das Constituições, via controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das normas e de certos atos administrativos, especialmente, da contemporânea sociedade hiperconectada. Nesse contexto, este estudo objetiva evidenciar ter origem na cumulação de funções judiciárias com a de Tribunal Constitucional a prejudicialidade à legitimação do Supremo Tribunal Federal como último intérprete oficial da Constituição, cumulação essa influenciada pela manutenção da estrutura do Estado e do acesso ao poder, similar às Constituições republicanas anteriores, por ter sido a Assembleia Nacional Constituinte congressional e não exclusiva. Igualmente, o trabalho visa demonstrar a vinculação intrínseca das circunstâncias do próprio intérprete no processo de interpretação-concreção da norma e os aspectos exógenos e endógenos que o conduziram à posição de exegeta oficial constitucional, além do arcabouço institucional no qual exerce a respectiva atividade, pois são relevantes para a legitimação democrática do resultado da interpretação. Sugere-se, ainda, a necessidade de separar do Poder Judiciário a atividade de tribunal constitucional, criando-se um órgão estatal próprio, desvinculado de qualquer dos Poderes constituídos e, com isso, assegurar a adequação do arcabouço constitucional majoritário para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, inclusive com a instituição de mandato para os respectivos membros com a indicação específica e exclusiva, originária dos três Poderes, conforme muitos países que adotam essa espécie de controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** legitimação democrática; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Constitucional e exclusivo.

## ABSTRACT

There has been a growing social, political, and academic interest in the democratic legitimacy of courts responsible for the effectiveness of Constitutions, through abstract and concentrated constitutional control of norms and certain administrative acts, especially in the contemporary hyperconnected society. In this context, this study aims to emphasize that its origin comes from the overlap of judicial functions with those of a Constitutional Court and claims that it is detrimental to legitimizing the Supreme Federal Court as the ultimate official interpreter of the Constitution. This cumulation is influenced by the maintenance of the state structure and access to power, like previous republican Constitutions, since the National Constituent Assembly was congressional rather than exclusive. Furthermore, this investigation seeks to demonstrate the intrinsic connection between the interpreter's circumstances in the process of norm interpretation-concretization and the exogenous and endogenous aspects that led them to the position of official constitutional exegete, as well as the institutional framework in which they undertake their respective activity, as these are relevant to the democratic legitimation of the interpretation result. It is then suggested that the need to separate the constitutional court activity from the executive power, creating a specific state body, dissociated from any of the constituted powers. This would ensure the adequacy of the majority constitutional framework for concentrated and abstract constitutionality control. It would include the institution of a mandate for its members with specific and exclusive appointment, originating from the three Powers, like in many countries that adopt this type of constitutionality control.

**Keywords:** democratic legitimation; Supreme Federal Court; Constitutional and exclusive Court.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADCO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
Atual.	Atualizado por
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Conjur	Consultor Jurídico
coord.	coordenador por
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
Des.	Desembargador/a
DJ-e	Diário da Justiça Eletrônico
dr.	doutor/a
<i>e-book</i>	<i>eletronic book</i>
ed.	edição
<i>et al.</i>	e outros
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
http	<i>Hypertext Transfer Protocol</i>
j.	julgado em
LTr.	Editora do Direito do Trabalho e Previdência Social
Min.	Ministro/a
n.	número
org.	organizado por
p.	página
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
prof.	professor/a
PUC-SP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RBEC	Revista Brasileira de Estudos Constitucionais
Rel.	Relator/a
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
t.	tomo
trad.	traduzido por
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UOL	Universo <i>OnLine</i>
v.	volume
v.g.	<i>verbi gratia</i>
vs.	<i>versus</i>
www	<i>world wide web</i>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL</b>	<b>20</b>
<b>2.1</b>	<b>Teoria contemporânea da Constituição e a legitimação democrática do ativismo judicial</b>	<b>22</b>
<b>2.2</b>	<b>Direito constitucional, política e ativismo judicial</b>	<b>33</b>
<b>2.3</b>	<b>Ativismo judicial e legitimação democrática do intérprete constitucional – apontamentos a respeito da interpretação e do intérprete como elementos integrantes da própria norma</b>	<b>42</b>
<b>2.4</b>	<b>A legitimidade democrática para a juridicidade do ativismo judicial como elemento fortalecedor da identidade constitucional</b>	<b>55</b>
<b>2.5</b>	<b>A eficácia da Constituição brasileira e a função do STF como tribunal constitucional</b>	<b>59</b>
<b>2.6</b>	<b>O STF e o ativismo judicial – limites e autocontenção</b>	<b>65</b>
<b>3</b>	<b>ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA</b>	<b>75</b>
<b>4</b>	<b>ASPECTOS NECESSÁRIOS À LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b>	<b>86</b>
<b>4.1</b>	<b>Aspectos organizacionais: posição na estrutura constitucional do Estado e forma de composição</b>	<b>86</b>
<b>4.1.1</b>	<b>Posição na estrutura constitucional do Estado</b>	<b>87</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Composição: quantidade, origem, e duração dos mandatos dos membros no tribunal</b>	<b>90</b>
<b>4.2</b>	<b>Aspectos funcionais: extensão da competência; quórum de deliberação; extensão da eficácia das decisões; extensão temporal das decisões; amplitude dos legitimados a provocar a atuação, e amplitude dos meios processuais de acesso à provocação do controle de constitucionalidade</b>	<b>95</b>

<b>5</b>	<b>TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS – ALGUNS PARADIGMAS. BREVE COMPARAÇÃO ORGANIZACIONAL E FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	<b>113</b>
<b>5.1</b>	<b>Quanto à posição do tribunal constitucional na estrutura do Estado – vinculação ao Poder Judiciário como no Brasil</b>	<b>114</b>
<b>5.2</b>	<b>Quanto à forma de composição e quantidade de membros no tribunal constitucional</b>	<b>114</b>
<b>5.3</b>	<b>Quanto à origem dos membros do tribunal constitucional considerando a indicação dos 11 membros para o STF de forma exclusiva pelo Chefe do Executivo</b>	<b>115</b>
<b>5.4</b>	<b>Quanto à duração da atividade dos membros no tribunal constitucional, isto é, com ou sem mandato, considerando que no Brasil não existe limite (é vitalício o exercício da função de juiz constitucional até aposentadoria compulsória aos 75 anos)</b>	<b>120</b>
<b>6</b>	<b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXCLUSIVO NO BRASIL COMO APERFEIÇOAMENTO DA EFICÁCIA DO ESTADO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b>	<b>123</b>
<b>6.1</b>	<b>Número de membros e composição com origem em órgãos do Estado e representantes da sociedade civil no tribunal constitucional</b>	<b>131</b>
<b>6.2</b>	<b>Mandato fixo dos membros do tribunal constitucional como forma de fortalecer a legitimidade democrática</b>	<b>137</b>
<b>6.3</b>	<b>Criação de um tribunal constitucional brasileiro via emenda constitucional</b>	<b>139</b>
<b>7</b>	<b>CONCLUSÕES</b>	<b>145</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>150</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar os elementos necessários à maior legitimação democrática da interpretação constitucional, conferida pelo STF, especialmente sob a óptica de uma sociedade hiperconectada<sup>1</sup>, associada à expansão crescente da participação na vida política e social do país daquele Tribunal, confrontando-se a função de tribunal constitucional que exerce concomitante com a função jurisdicional do órgão de cúpula do Poder Judiciário e a repercussão dessa realidade sobre a legitimação democrática do resultado hermenêutico, aqui também denominada legitimação material.

Essa realidade – cumulação da atividade de tribunal constitucional com a função da última instância do Poder Judiciário e sua crescente intervenção na vida social e política em uma sociedade hiperconectada – tem gerado enorme crítica por diversos setores da sociedade civil, e dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais têm frequentemente questionando a legitimação democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, este estudo objetiva evidenciar ter origem na cumulação de funções judiciárias com a de Tribunal Constitucional a prejudicialidade à legitimação material do Supremo Tribunal Federal como intérprete oficial da Constituição, cumulação essa influenciada pela manutenção da estrutura do Estado e do acesso ao poder, similar às Constituições republicanas anteriores, por ter sido a Assembleia Nacional Constituinte congressual e não exclusiva.

Igualmente, o trabalho visa demonstrar que, cediça a imprescindibilidade da hermenêutica para se concretizar a norma jurídica, sobretudo a constitucional de conteúdo aberto em regra, deve-se inserir as circunstâncias do próprio intérprete nesse processo de interpretação-concreção da norma e os aspectos exógenos e endógenos que o conduziram à posição de exegeta oficial constitucional, além do arcabouço institucional no qual exerce seu mister. Esses aspectos – a figura do hermeneuta e suas circunstâncias pessoais e institucionais – configuram elementos relevantes para a legitimação democrática do resultado exegético.

Além disso, aborda-se que o modelo contemporâneo da teoria constitucional admite a eficácia da Constituição diretamente e em abstrato, por meios processuais próprios, cujo objeto

---

<sup>1</sup> O conceito de *sociedade hiperconectada* se refere à reconfiguração das relações sociais e suas estruturas de poder, da economia e da educação, num fluxo e refluxo contínuos das interfaces de mediação da informação e comunicação. Novas lógicas, novas semânticas e novas leis emergem para uma nova ordem social, na qual tem importância a comunicação dos atores em rede. PASSARELLI, Brasilina. Mediação da informação no hibridismo contemporâneo: um breve estado da arte. **Ciência da Informação**. Brasília, DF, v. 43, n. 2, p. 231-240, maio-ago., 2014, p. 232. Disponível em: <https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1406/1584>. Acesso em: 28 out. 2024.

é aferir a validade do que é produzido no sistema jurídico e administrativo, inclusive do que não é – omissão, em confronto direto com as normas constitucionais, via controle concentrado das leis e dos atos administrativos.

Seguindo esse contexto do constitucionalismo contemporâneo, a partir da nova ordem constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem assumido maior protagonismo na efetivação do avanço civilizacional indicado pela Constituição, pois “conforme as liberdades democráticas vão sendo ampliadas e respeitadas, o Poder Judiciário vai se fazendo mais presente na vida das pessoas, como uma espécie de escudo às afrontas e aos excessos antijurídicos dos demais poderes do Estado”<sup>2</sup>.

Contudo, após quase quatro décadas da nova Constituição, constata-se que a cumulação de funções de Tribunal Constitucional com a de órgão de cúpula do Poder Judiciário é objeto de grande questionamento a respeito da legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal para a concentração desse duplo poder, sob o enfoque do desequilíbrio entre os três Poderes do Estado, o qual tem colocado o Poder Judiciário em posição superior aos demais.

A cumulação de funções de tribunal constitucional com a atividade judiciária não tem amparo na motivação teórica pós-Segunda Guerra Mundial, a qual confere às Constituições a função de norma jurídica e não política, estruturante do Estado, suas funções e seus objetivos de avanço civilizatório. Assegura-se a eficácia desse texto normativo (Constituição) por meio do controle concentrado de constitucionalidade das normas e atos administrativos, mediante a criação de órgão estatal próprio para esse mister, fora das estruturas dos Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), justamente para evitar a supremacia do Judiciário, órgão com características institucionais e de acesso dos partícipes que assegurem elevado grau de legitimação democrática e equidistância mínima dos Poderes constituídos.

Esse órgão consiste em um tribunal constitucional exclusivo, como na maioria dos países que possuem controle abstrato e concentrado de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos, alguns dos quais referidos neste trabalho e referenciados considerando o Supremo Tribunal Federal.

Disso decorre a referência à realidade institucional dos tribunais constitucionais de alguns países, no tocante ao número de membros, aos seus respectivos mandatos e tempo de permanência na função, à origem e à forma de indicação para compor o Tribunal. Dos citados

---

<sup>2</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. *In*: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 94.

tribunais constitucionais estrangeiros, realiza-se comparação com o Supremo Tribunal Federal de três deles, por afinidades culturais e influência na doutrina e na jurisprudência brasileira: Portugal, Itália e Alemanha.

Nessa análise, aborda-se que a necessária retomada da legitimação democrática ou material da interpretação constitucional, via controle concentrado de constitucionalidade, requer a criação de um tribunal constitucional brasileiro, o que pode ser realizado por meio de emenda constitucional.

A proposição *de lege ferenda* se insere no âmbito do conhecimento jurídico e não político, pois o trabalho abrange os aspectos da norma constitucional e a necessidade de se instituir órgão estatal que confira adequadamente eficácia à Constituição com a necessária legitimação democrática em decorrência do cânone estrutural do Estado Democrático de Direito. Não se trata de proposição de natureza política ou do sistema político como elemento central, mas de meio institucional necessário à viabilização adequada da eficácia democrática do sistema jurídico constitucional, isto é, a eficácia democrática do projeto de desenvolvimento civilizatório estabelecido na Constituição que é, essencialmente, uma norma jurídica e não política, apenas, conforme adotado pela teoria constitucional contemporânea.

A hermenêutica constitucional promovida pelo Supremo Tribunal Federal tem sido objeto de questionamento crescente nos meios social, político e jurídico, no que tange aos limites de sua respectiva competência institucional no âmbito do Estado Democrático de Direito. Isto porque, muitas vezes, a pretexto de interpretar a Constituição Federal, alega-se invasão da competência de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, e de outras instituições, como o Ministério Público, em uma atuação denominada *ativismo judicial*.

O termo *ativismo judicial* não tem significado unívoco e tem sido utilizado com significações díspares, como o termo autocontenção judicial. Não serve, portanto, para a reflexão teórica quando utilizado na acepção de conduta inconstitucional, uma vez que, nesse sentido, não pode ser associado à específica forma judicial de atuação, e à categoria ou ao instituto jurídico. É irrelevante na avaliação do contexto constitucional brasileiro por estar relacionado à postura do julgador e não à validade jurídica da decisão<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> FARACO, Marina. Deixando de lado o ativismo e a autocontenção judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. **Revista do Advogado**, v. 1, p. 147-155, 2018. “Muito se tem falado sobre “ativismo” e “autocontenção”, mas pouco se sabe a seu respeito. Só nos Estados Unidos, o ativismo judicial foi tema de 3.815 artigos científicos publicados até outubro de 2004 (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 459), sendo também abordado com ênfase em países como Portugal (MOREIRA, 1995; SANTOS *et al.*, 1995), Itália (DE GIORGI, 1997; MOSCHELLA, 2009), Espanha (IBÁÑEZ, 1995), França (GARAPON, 1998) e Argentina (VELLOSO, 2011), para citar apenas alguns exemplos”.

Todavia, na quadra atual da análise acadêmica e sociopolítica, é necessário considerar a referência ao ativismo judicial e à contenção judicial como elementos inseridos na avaliação do próprio mecanismo de legitimação democrática da decisão do Supremo Tribunal Federal, quando exerce as funções atinentes a tribunal constitucional. O termo tem sido utilizado no Brasil para significar atuação do Poder Judiciário além da própria competência. Configura a decisão resultante como antijurídica, ou, em sentido oposto, como forma de assegurar a eficácia concreta da Constituição na realidade social, sobretudo no tocante aos direitos fundamentais, implicando conduta juridicamente válida e até necessária, no entendimento dos que atribuem o significado de atuação progressista pelo tribunal constitucional, quando da hermenêutica constitucional<sup>4</sup>.

Além disso, a conceituação do termo *ativismo judicial* é adotada geralmente de forma valorativa, seja no sentido negativo de atuação irregular, seja no sentido positivo de atuação progressista necessária, mas necessita ser atrelada à extensão da legitimidade democrática ou material da atuação do Tribunal Constitucional para ser compreendida. Assim, será negativa se desprovida de legitimidade material, em qualquer circunstância, e positiva se, nos limites basilares do sistema jurídico, a atuação tida como ativismo judicial for revestida dos elementos necessários à configuração da legitimação democrática.

Neste trabalho, adota-se a expressão *ativismo judicial* como a atuação necessária de tribunal constitucional para a maior efetividade e garantia dos direitos fundamentais, e ao arbitramento das divergências entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas será somente legitimamente democrática se presentes as condições institucionais, processuais e subjetivas dos membros que assegurem essa legitimidade. Não estando presentes essas condições, será antijurídica a atuação do Tribunal Constitucional, passando o *ativismo judicial* a ser uma atuação antijurídica.

Nesse contexto, é necessário observar os limites da hermenêutica constitucional e o respectivo espectro interpretativo, a fim de preservar a legitimação democrática da atuação do

---

<sup>4</sup> “No Brasil, o “ativismo judicial” vem sendo utilizado ora para qualificar uma postura excessiva e inconstitucional do Poder Judiciário – o que ensejaria a invalidade jurídica desta prática (COELHO, 2015; MARTINS, 2012, A3; MOREIRA; FRÓES, 2014, p. 55; RAMOS, 2013, p. 129) –, ora para significar uma atitude judicial legitimamente progressista, no sentido da adequada realização judicial de direitos fundamentais – o que a tornaria válida e desejável (BARROSO, 2008, p. 9-10; CLÈVE, 2003, p. 297; TAVARES, 2012a, p. 43)”. FARACO, Marina. Deixando de lado o 'ativismo' e a 'autocontenção' judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. **Revista do Advogado**, v. 1, p. 147-155, 2018.

Tribunal Constitucional, considerando as circunstâncias institucionais e subjetivas envolvendo o intérprete constitucional na atuação em abstrato<sup>5</sup>.

Hans-Georg Gadamer<sup>6</sup> confronta a metodologia tradicional de hermenêutica jurídica com o ativismo judicial. Naquela, há etapas definidas para se obter o conteúdo da norma interpretada, enquanto, no ativismo judicial, a hermenêutica busca compreender, interpretar e aplicar conjuntamente e sem compromisso necessário com repetições, isto é, com a estabilidade temporal do já decidido. Nesse contexto, a segurança jurídica decorrente do contexto histórico, da própria composição do tribunal-intérprete, o que representa a hermenêutica como reflexo do ser em si do intérprete, uma atuação que permite, inclusive, a criação do direito via interpretação, afastando a atuação judicial da mera reprodução do direito. Diante dessa perspectiva, ressalta a importância da legitimação democrática para a validade e a consistência jurídica da interpretação constitucional inserida no espectro do ativismo judicial.

Contribui para essa realidade a circunstância de que, posteriormente a 1945, no pós-guerra, muitas Constituições ocidentais começaram a estabelecer normas substanciais de natureza moral e ética, relativas ao convívio humano, as quais foram traduzidas como direitos fundamentais que, associadas à forma de Estado Democrático de Direito, estabeleceram o núcleo essencial da teoria da constituição contemporânea, repleta de carga axiológica<sup>7</sup>, passando a demandar maior participação do intérprete constitucional.

Nesta tese, visa-se demonstrar que a legitimidade democrática é necessária para a atuação criadora do direito, nos termos do ativismo judicial aqui tratado, inclusive para a eficácia e concreção da Constituição. Para tanto, são abordados aspectos que evidenciam ser o arcabouço institucional brasileiro insuficiente para conferir a legitimação necessária, pois a dupla função do Supremo Tribunal Federal – cúpula do Poder Judiciário e Tribunal Constitucional –, além da inadequação quanto à forma de composição e quantidade de membros; origem das indicações e ausência de limitação temporal na atuação dos membros (mandato) não viabilizam a legitimação democrática na atuação, sobretudo no espectro do ativismo judicial. Em suma, traduz forma disfuncional de acesso ao poder de interpretar criativa e vinculativamente a Constituição.

---

<sup>5</sup> Controle de constitucionalidade (ADIIn e ADC), e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, Súmula Vinculante.

<sup>6</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Freios e contrapesos à Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 13, n. 44, p. 49-78, jul.-dez. 2019.

Essas abordagens têm como referência essencial a Constituição como elemento jurídico/político estruturante do Estado e indicador do projeto civilizatório da nação, além de elemento sintetizador da identidade nacional. Nesse sentido, a tese apresenta o ativismo judicial, a partir do conceito acima adotado, sob a ótica da separação de poderes no constitucionalismo contemporâneo e a necessária legitimação democrática para a atuação do intérprete constitucional. Sem isso, o ativismo judicial se transforma em atuação antijurídica, na medida em que este estudo considera o intérprete e suas condições institucionais e subjetivas associadas, no mesmo patamar, ao resultado hermenêutico como elemento formador e intrínseco da norma jurídica.

Da mesma forma, servirão de parâmetros para a análise deste estudo a metodologia crítica à realidade institucional existente, e a indicação de novas possibilidades de reconfiguração da estrutura de poder estatal, no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, a fim de propor a necessária criação de um tribunal constitucional exclusivo.

Outrossim, mediante uma abordagem metodológica interpretativa, são analisadas questões controvertidas em seus múltiplos aspectos, relacionados ao ativismo judicial e à legitimação democrática da atuação do intérprete constitucional.

Por fim, são apresentadas abordagens empíricas por meio de dados e opiniões de estudiosos da ciência jurídica, política e social, visando embasar a necessidade de se criar um Tribunal Constitucional, com o intuito de ampliar a legitimação democrática na interpretação constitucional.

## 2 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

A necessidade de tribunais específicos para assegurar a eficácia da Constituição foi objeto de debates históricos. Frequentemente, lembra-se a defesa de John Marshall, presidente da Suprema Corte Americana (1801-1835), no caso *Marbury v. Madison* (1803), quando expressa e defende a supremacia da norma constitucional, em relação às demais no sistema jurídico, como mecanismo para limitar a atuação do próprio poder estatal, sobretudo o legislativo<sup>8</sup>.

A principal característica de um Estado Constitucional consiste na eficácia, isto é, concretude no mundo real e não mera existência, de uma Constituição<sup>9</sup>. A eficácia da Constituição é assegurada pelo controle de constitucionalidade dos atos estatais: leis, dos atos normativos, e alguns atos administrativos de caráter geral, quando violam a Constituição. Igualmente, são analisadas as omissões tanto do Parlamento, quanto do administrador público, quando deixam de agir para conferir eficácia à Constituição, sobretudo nas situações de emergência social, diante da necessidade de se implementar direitos constitucionais necessários para evitar o agravamento de situação extremamente prejudicial a qualquer grupo social.

A jurisdição constitucional é exercida por órgãos competentes do Estado para assegurar a eficácia da Constituição<sup>10</sup>, em abstrato, quando houver controvérsia, ainda que específica em um litígio, a respeito do significado e da extensão do texto constitucional, diante de normas do sistema jurídico e de certos atos administrativos de caráter geral. Abrange, também, a jurisdição sobre a negativa de vigência da Constituição por omissão do legislador, ao deixar de editar norma necessária à regulamentação de determinado preceito constitucional para produzir efeitos, ou do Poder Executivo ao deixar de promover, ou realizar ineficazmente, certa política pública necessária à determinada garantia constitucional.

A jurisdição constitucional pode ser exercida por órgãos específicos para essa finalidade. São os tribunais constitucionais ou com essa função atribuída a determinado órgão do Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, no Brasil ou nos Estados Unidos (EUA).

---

<sup>8</sup> FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. São Paulo: Del Rey, 2017, p. 301.

<sup>9</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 101.

<sup>10</sup> “Em suma, as Constituições rígidas do segundo pós-guerra transportaram os direitos do campo da moral e da política para assumir o lugar de comandos normativos vinculantes e diretamente aplicáveis pelos tribunais e cortes constitucionais, que adquiriram, nesse contexto, o papel de guardiãs de direitos, enquanto intérpretes finais da ordem jurídica”. FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

Cabe aos tribunais constitucionais a jurisdição<sup>11</sup> das controvérsias envolvendo a Constituição, quando ocorrem em abstrato e de forma concentrada, ou seja, por meio processual próprio e específico para analisar a controvérsia envolvendo a interpretação constitucional adequada, diante de normas ou de atos administrativos com os quais é confrontada. Não se refere à contenda, individual ou coletiva, de grupo interessado apenas no atendimento de pretensão própria.

Esse tipo de jurisdição cabe ao Poder Judiciário, a quem também compete assegurar a eficácia da Constituição, mas diante de conflitos que lhes são submetidos entre interesses privados ou públicos. Esses conflitos são detentores de objeto específico, qual seja, atender à pretensão de uma das partes, conforme o interesse sobre o bem da vida litigioso, inclusive considerando as normas constitucionais na solução desses conflitos.

José Joaquim Gomes Canotilho observa a conexão necessária entre Constituição e jurisdição constitucional no constitucionalismo contemporâneo ao se referir a W. Kāgi: “Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu digo-te que conceito de constituição tens”.<sup>12</sup> O âmbito próprio de atuação da justiça constitucional, ressalvadas as peculiaridades dos ordenamentos específicos de cada país são: a) litígios entre órgãos do Estado com deveres constitucionais; b) litígios envolvendo os entes que compõem territorialmente o Estado (regiões, estados federados, por exemplo); c) controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos; d) proteção dos direitos fundamentais; e) controle das formas importantes de expressão política (contencioso eleitoral, referendos, consultas populares, formação de partidos políticos); f) defesa da Constituição contra crimes de responsabilidade, isto é, “averiguação e apuramento da *responsabilidade constitucional*”.<sup>13</sup>

No que diz respeito às jurisdições constitucionais nas sociedades ocidentais regidas pelo Estado Democrático de Direito, há basicamente três sistemas: o americano, exercida pelo Poder Judiciário e que se caracteriza pela prevalência do sistema difuso do controle de

---

<sup>11</sup> André Ramos Tavares aponta como conceito metodologicamente aceitável de Jurisdição Constitucional “a atividade jurisdicional cometida a um órgão específico dentro da estrutura estatal, cuja finalidade última é a de verificar a congruência das normas hierarquicamente inferiores à Constituição com os preceitos desta, tanto no que diz respeito ao aspecto formal quanto material, declarando a invalidade da norma e, conseqüentemente, sua inaplicabilidade, a um caso concreto ou em caráter genérico, quando haja discordância dessa norma inferior com o Texto Maior” *apud* VIEIRA, Renato Stanzola. Jurisdição constitucional brasileira: apontamentos sobre a nomeação de ministros para o STF e o papel do Senado Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 193-213, jan.-mar. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52579>. Acesso em: 26 fev. 2018.

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 958.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 962.

constitucionalidade exercido pelo órgão máximo do Poder Judiciário (*Supreme Court*);<sup>14</sup> o europeu, que se fundamenta na criação de tribunais constitucionais independentes e sem subordinação a qualquer um dos poderes constituídos do Estado, inclusive, do Judiciário, com foco no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade<sup>15</sup>. Soma-se a estes um sistema híbrido, comum na América Latina, no qual as funções de tribunal constitucional são exercidas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário que cumula as duas funções. Este é o sistema brasileiro.

Menciona-se, ainda, outro sistema, o modelo dialógico canadense, em contraponto ao americano de oposição entre Judiciário e Legislativo, no qual a teoria constitucional almeja “compatibilizar e superar as críticas ao exercício do controle de constitucionalidade na sociedade democrática atual”<sup>16</sup>, por intermédio metafórico do diálogo entre juízes e legisladores, sobretudo quando a lei é retirada do ordenamento jurídico por decisão judicial e está sujeita ao efeito *backlash*, isto é, a uma reação política do parlamento a essa decisão judicial mediante a aprovação de norma a ela contrária, invalidando a revisão judicial.

## 2.1 Teoria contemporânea da Constituição e a legitimação democrática do ativismo judicial

A soma da elevação do conteúdo ético e moral das normas constitucionais no pós-Segunda Guerra, associada à possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade, “provocou um notável deslocamento de poder para as mãos da corte constitucional, numa reviravolta que teve lugar em todo o Ocidente e suplantou a predominante *sovereignty of the parliament*”<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> “No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente um contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz”. FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 17.

<sup>15</sup> “O modelo europeu é muito diferente. O contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para esse fim e que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada”. FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 17-18.

<sup>16</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 109.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Freios e contrapesos à Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 13, n. 44,

Além disso, após a Constituição Sul-Africana de 1993, tem-se referido ao *constitucionalismo transformador*<sup>18</sup>, caracterizado por atribuir à norma constitucional a implementação, via hermenêutica ativa e concreção nesse sentido pelos tribunais constitucionais, “de modo a engajar instituições do Estado e atores sociais na cooperação para a promoção de mudanças sociais a fim de atingir as diretrizes traçadas pelas normas constitucionais”<sup>19</sup>.

Na realidade da sociedade contemporânea hiperconectada, os aspectos que influenciam a atuação do hermenêuta constitucional tornaram-se cada vez mais relevantes. A avaliação social, amplamente disseminada pelas redes sociais e pela mídia, com amplo espectro de divulgação, passou a ter um papel significativo na percepção a respeito do acerto, ou não, do resultado da interpretação do tribunal constitucional. Assim, a ampliação da atuação sociopolítica da jurisdição constitucional também pode ser associada à complexidade das sociedades contemporâneas “que não mais seriam passíveis de ser entendidas a partir de um código, ou seja, um sistema jurídico legislado abrangente, pronto a responder às mais diversas demandas sociais”,<sup>20</sup> realidade que eleva sobremaneira a necessidade de significativa legitimação democrática na atuação de um tribunal constitucional.

Em outras palavras, está cada dia mais comum a exposição pública e a crítica ao resultado hermenêutico da atuação oficial na aplicação das normas constitucionais. Não é mais dominante a ideia de que se aceita passivamente tal exegese no âmbito social, em decorrência apenas e diretamente da competência ou da legitimação formais do intérprete no exercício do poder que lhe fora conferido pela própria Constituição. É certo que, não se rompeu ainda a necessária noção do dever de todos, inclusive dos demais poderes constituídos, em cumprir o decidido pelo tribunal constitucional. Esse possível descumprimento já fora aventado em

---

p. 49-78, jul.-dez. 2019: “Nesse sentido, Robert Alexy chega a falar em “onipotência dos tribunais” (*Omnipotentz der Gerichete*) no estado constitucional.

<sup>18</sup> “A função transformadora da Constituição fixa apenas um plano de ação para a transformação da sociedade segundo alguns objetivos dispostos nas normas constitucionais, como um instrumento de direção social, a exemplo da ‘Constituição dirigente’ ou do ‘dirigismo constitucional’. A Constituição em sua função transformativa objetiva alterar ou transformar o *status quo* da sociedade, romper com o modelo positivista e, tal qual a função integradora da Constituição, transferir para os tribunais constitucionais os conflitos em torno da interpretação constitucional”. HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 101.

<sup>19</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 97.

<sup>20</sup> MALISKA, Marcos Augusto. O Poder Judiciário entre o voluntarismo jurisprudencial e o autoritarismo judicial. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 158.

situações específicas nas quais tanto o Legislativo, quanto o Executivo, consideraram não acatar decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup>.

A crítica advém dos setores acadêmicos<sup>22</sup>, políticos e das mídias profissionais, além das manifestações múltiplas e frequentes nas redes sociais, ainda que contaminadas pelo engajamento político-ideológico da maioria.

A exposição pública e a crítica sociopolítica decorrente do ativismo judicial demanda separar os objetos de análise, pois na esfera jurídica cabe o discurso de aplicação das normas constitucionais e não de sua justificação, como lembra Miguel Gualano: “os juízes e debates jurisdicionais, ao contrário dos debates populares e legislativos, não podem recorrer a concepções amplas de bem, não podem fundamentar suas decisões com argumentos que não pertençam à esfera pública”<sup>23</sup>. Na esfera jurídica, tem-se a racionalidade de meios, aquela que assegura a validade e a eficácia do sistema jurídico posto, lastreado na imparcialidade e na independência do intérprete para impor o direito vigente, atividade própria do Poder Judiciário.

Na esfera de um tribunal constitucional, relevante considerar o movimento do hermeneuta constitucional para a racionalidade de fins<sup>24</sup>. Trata-se daquela racionalidade que visa alcançar objetivos de políticas públicas genericamente estabelecidas na Constituição e, em regra, a cargo de outros órgãos estatais a implementação. Aspecto também relevante é a legitimação democrática nesse atuar com a racionalidade de fins, impróprio à atuação judiciária,

---

<sup>21</sup> Em 2016, a mesa diretora do Senado Federal não cumpre decisão de Ministro do STF determinando o afastamento do então Presidente do Congresso Nacional. LIMA, Vandson; MURAKAWA, Fabio. Renan resiste a cumprir liminar. Renan: depois de ter se recusado a receber a notificação na noite de segunda-feira, senador deixou oficial de Justiça esperando por quatro horas e não a assinou. **Valor Econômico**, v. 17, n. 4147, 07 dez. 2016. Política, p. A-5. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/528771/noticia.html?sequence>. Acesso em:

15 nov. 2024; GALLI, Marcelo. Senado ignora liminar que afastou Renan e diz que vai aguardar Pleno do STF.

6 dez. 2016. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/senado-ignora-decisao-renan-aguardar-pleno-stf/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Da mesma forma, em 1994, o então Presidente da República aduz não aceitar decisão do STF sobre reajustes de servidores públicos, ensejando negociação entre os poderes para adequá-la e ser cumprida. FOLHA DE S. PAULO. **Itamar recusa novo acordo e agrava crise**.

Brasil. 24 mar. 1994. Sucursal de Brasília. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/3/24/brasil/7.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>22</sup> “O agir subjetivo vincula-se à liberdade do juiz da lei. A ideia de supremacia principiológica da Constituição promoveu avanços sob o ponto de vista da efetividade da Constituição e de um poder contramajoritário muito importante em uma democracia pluralista, complexa e dinâmica. No entanto, essa prática sem método, realizada a partir da percepção subjetiva de cada magistrado, que se considera livre para julgar e que não se encontra vinculado a precedentes, promoveu um direito jurisprudencial casuísta e sem previsibilidade”. MALISKA, Marcos Augusto. O Poder Judiciário entre o voluntarismo jurisprudencial e o autoritarismo judicial. *In*: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 167.

<sup>23</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

<sup>24</sup> MALISKA, Marcos Augusto. O Poder Judiciário entre o voluntarismo jurisprudencial e o autoritarismo judicial. *In*: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 158.

assim como a conveniência e as consequências de ter esse atuar inserido na esfera judiciária concomitantemente existente no mesmo órgão estatal, o Supremo Tribunal Federal.

A proposta de John Hart Ely, que se desvia da dicotomia entre ativismo judicial (interpretacionismo) e contenção (não interpretacionismo), merece análise cuidadosa. Ele argumenta que a decisão judicial constitucional deveria ser análoga à do árbitro de futebol: “o juiz deve intervir somente quando um time obtém vantagem injusta, não quando o time ‘errado’ faz o gol”. Em uma democracia representativa, as decisões de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá substituí-los através do voto<sup>25</sup>. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade estaria limitado às situações suspeitas da representação popular, regulando o ambiente no qual o poder se desenvolve para evitar, ainda que velada, a obstrução dos canais de mudança e a perseguição ou negativa de direitos às minorias, quando assegurados aos outros.

A Constituição requer referências acordes e obrigatórias à cultura e aos valores do povo/nação para ser válida e eficaz<sup>26</sup>. Dessa forma, compreende-se por fórmula política da Constituição “uma expressão ideológica fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em uma estrutura socioeconômica”. Assim, “o direito é um setor da cultura e isso é o que o separa das ciências da natureza”<sup>27</sup>.

Desse modo, cultura e Constituição são termos intimamente conectados, porque o Estado constitucional é uma evolução jurídica a serviço da dignidade das pessoas, por meio da evolução civilizacional com a preservação e o desenvolvimento dos aspectos socioeconômico-culturais e da liberdade indistinta das pessoas que compõem o povo ou nação.

O presente estágio civilizatório não permite que uma Constituição, por exemplo, incorpore a escravidão, a tirania ou a tortura, pois o poder constituinte não é completamente

---

<sup>25</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136-137. “O mau funcionamento ocorre quando o *processo* não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente voz e voto, os representantes ligados à maioria efetiva e sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos”.

<sup>26</sup> “A perspectiva sociológica do alemão Ferdinand Lassalle entende ser a Constituição um conjunto dos fatores reais que formam a sociedade. Dessa forma, a Constituição deve estar de acordo com os valores desta sociedade, para que seja válida. É dizer, é um complexo de forças – tanto políticas e econômicas quanto sociais – que estabelece uma realidade. A crítica frente à concepção jurídica é de que esta se limita a transformar fatores reais da sociedade em instituições de poder. Reduz o ordenamento jurídico a um meio de exercer a dominação, pela estrutura de poderes”. GONÇALVES JUNIOR, Carlos. Constitucionalismo contemporâneo: uma análise da situação constitucional israelense. **Cadernos de Educación y Desarrollo**, Portugal, v. 15, n. 3, p. 2810-2836, 2023.

<sup>27</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. **Teoría de la constitución como ciencia cultural**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

livre para regular essas situações, a não ser para proibi-las, sob pena de contrariar a premissa do valor universal de proteção mínima da dignidade humana, inserida como cânone essencial de qualquer Constituição contemporânea<sup>28</sup>.

Essa consideração não retira o aspecto jurídico da Constituição, no sentido de ser a norma fundamental do ordenamento jurídico, na qual se legitimam e se referenciam todas as demais normas, devendo ser afastadas do ordenamento jurídico todas aquelas que com ela não se coadunam, por serem normas inconstitucionais. Contudo, nela não reside todo o substrato do significado da Constituição na sociedade, por ser esta “um conjunto de segurança das liberdades, diretamente ligada a uma expectativa de proclamação dos direitos fundamentais. As já mencionadas liberdades são asseguradas, principalmente, pela separação das funções do Poder.”<sup>29</sup>

Assim, na teoria da constituição contemporânea, a norma constitucional e sua concretude promovida pelo intérprete oficial assume a centralidade do ordenamento jurídico, refletindo sua força normativa por todo o sistema jurídico e político-estatal, em substituição ao entendimento de que tal centralidade estaria na lei formal e subsunção fria da realidade à lei.

É, contudo, necessariamente confluyente a dialética entre as prescrições constitucionais e a realidade sociopolítica, cujo resultado é interferir na realidade concreta da vida social do povo ou nação para impor equilíbrio dinâmico possível emergente dos valores e princípios nela inseridos, sob pena de a Constituição transformar-se em mero documento ideológico, encobridor de políticas concretas excludentes de parcela dos valores, culturas e princípios que compõem a identidade nacional. Significa deixar de ser uma norma jurídica, no sentido da teoria da constituição contemporânea.

Nessa nova perspectiva, a Constituição é norma jurídica com eficácia. O Estado deve ter instituições e instrumentos para impor a sua respectiva eficácia, sob pena de reduzi-la a texto político, sem força coercitiva para nortear e desenvolver o projeto civilizatório da nação.

---

<sup>28</sup> Nas palavras do professor alemão: “A Constituição constitui o poder e o limita. Não só é um texto jurídico, mas também um contexto cultural. Comentários, textos, instituições e procedimentos simplesmente jurídicos não chegam a abarcar toda a complexidade da Constituição. A Constituição não é só um texto jurídico para os juristas e para a sua interpretação. Ela atua essencialmente também como guia para toda a sociedade: para os cidadãos e os grupos sociais. Não é a Constituição somente uma rede de regras normativas, mas também a expressão de uma situação cultural dinâmica, meio de representação cultural de um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças. As Constituições vivas, fruto da atuação de todos os intérpretes no espectro de uma sociedade aberta, são bem mais, de acordo com sua forma e conteúdo, expressão e mediação de cultura, marcos para a recepção e reprodução cultural, assim como o arquivo cultural para as informações, as experiências, as vivências e o saber popular recebidos. Sua concepção cultural – de vigência encontra-se em uma maior profundidade”. HÄBERLE, Peter. **Liberdade, igualdade e fraternidade** – 1789 como história, atualidade e futuro do Estado Constitucional. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez Madrid: Trota, 1998.

<sup>29</sup> GONÇALVES JUNIOR, Carlos. Constitucionalismo contemporâneo: uma análise da situação constitucional israelense. **Cadernos de Educación y Desarrollo**, Portugal, v. 15, n. 3, p. 2810-2836, 2023.

O órgão estatal responsável último para assegurar a eficácia da Constituição é o tribunal constitucional, o qual no Brasil está inserido nas competências do Supremo Tribunal Federal, por isso, cabe ao Poder Judiciário essa função.

Entretanto, ao atribuir a um dos poderes – Judiciário – assegurar a eficácia da norma constitucional, mediante o controle concentrado e abstrato da constitucionalidade das demais leis e atos administrativos, a Constituição criou as circunstâncias de perda de legitimidade democrática da atuação desse Poder, na exata medida que expande a respectiva atuação e atinge os interesses políticos e institucionais inseridos tradicionalmente nos demais, mesmo que decorrente a atuação visando impor a eficácia da norma constitucional que entende não respeitada por esses outros Poderes; logo, tal expansão do Poder Judiciário o coloca acima do Legislativo e do Executivo. Isso ocorre, por exemplo, na intervenção direta nas políticas públicas, com determinação ao Executivo para praticar atos que lhe são afetos, ou no estabelecimento de vedação ou permissão de condutas as quais o Legislativo optou por não regular ou o fez diversamente do determinado pelo Poder Judiciário, o qual não possui mais limitação estanque; assim, permite-se restringir com maior liberdade e frequência os poderes do legislador e do administrador público, ensejando o questionamento de os juízes não terem sido eleitos para esse mister<sup>30</sup>.

Nesse ambiente, o ativismo judicial, no sentido aqui adotado de atuação progressista para a efetividade das garantias constitucionais, perde a legitimidade democrática, pois revela a superioridade do Poder Judiciário em relação aos demais, provocando embates institucionais, lastreados na assertiva de quebra do equilíbrio entre os Poderes, e, com isso, dificulta a

---

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>. Acesso em: 28 fev. 2018. Segundo o autor, “as teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A idéia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas” [...] “Três críticas que podem ser levantadas contra o neoconstitucionalismo: (a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo”.

aceitação *serena* da interpretação constitucional realizada pelos estratos sociais e políticos contrariados.

Nesse aspecto reside a principal crítica à legitimidade democrática da atuação ativa e progressista no sistema jurídico político pelo tribunal constitucional, isto é, atuação movida por ativismo judicial, que está centrada na separação de poderes, por ser essa configuração estrutural na arquitetura institucional dos Estados contemporâneos, democráticos e constitucionais.

A crítica ao ativismo judicial, portanto, tem como tema recorrente na esfera jurídica, política e social a verificação da possibilidade de violação do princípio da separação de poderes pela ampliação hermenêutica do intérprete constitucional para atingir temas não regulados pelo legislador ou pelo administrador público, naquilo que lhes compete. As críticas aumentam em intensidade quando são alegados excessos interpretativos decorrentes de decisões com efeitos legislativos, ou seja, na criação de resultados jurídicos não contemplados na norma jurídica e, por isso, com maior evidência, configurariam usurpação de competência do Legislativo<sup>31</sup>.

O debate a respeito da possível invasão da competência legislativa ou executiva pela atuação do tribunal constitucional tem crescido, mesmo quando reconhecida a constitucionalização de direitos fundamentais e a atuação proporcionar maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais de grupos e de indivíduos menos favorecidos. O argumento trazido é o de que, não sendo específicos os regramentos desses direitos reconhecidos, caberia ao legislador ou ao administrador indicar como conferir-lhes efeitos na sociedade, e não ao juiz constitucional<sup>32</sup>.

Nesse sentido, a crítica se funda na superioridade da atuação do tribunal constitucional, em detrimento dos demais poderes, nos termos da distinção trazida por Miguel Gualeano de Godoy entre revisão judicial e supremacia judicial. A primeira seria destinada a verificar a

---

<sup>31</sup> KUBOTA, Flavio Hiroshi. Normas de competência constitucional: limites à atuação do juiz constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 393-429, abr.-jun. 2012. “O princípio da tipicidade de competências estabelece que as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição. E o princípio da indisponibilidade de competências estabelece que as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu. No Estado de Direito, a norma de competência constitucional possui dupla função: de limitação do Poder Público como garantia de liberdade das pessoas; e de separação e articulação dos órgãos do Estado entre si, e entre eles e os órgãos de quaisquer entidades ou instituições públicas. A competência se traduz em uma autorização ou legitimação para a prática de atos jurídicos (aspecto positivo) e num limite para essa prática (aspecto negativo). As normas de competência comportam, muitas vezes, um conteúdo material no que se refere ao dever de garantir a competência constitucionalmente fixada, e constitui a própria razão de ser da delimitação de competência. E nas hipóteses de atuação do juiz constitucional para além dos limites de sua competência, resulta em usurpação de competência dos demais Poderes constitucionais”.

<sup>32</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A., 2020.

validade das normas jurídicas e administrativas; a segunda, por sua vez, “está ligada à ideia de que os juízes têm de ter a última palavra sobre a interpretação judicial e o significado da Constituição”<sup>33</sup>. Essa supremacia confrontaria com o requisito fundamental da teoria democrática, no sentido de ser necessário um amplo debate na esfera social e política representativa, própria dos agentes políticos, em face da legitimação que lhes seria própria, pois “devem ser os cidadãos e seus representantes, e não uma minoria de juízes, os responsáveis pelas questões morais mais relevantes que surgem em uma sociedade”<sup>34</sup>.

Essa distinção valeria, segundo a crítica, inclusive aos direitos à subsistência e aos direitos econômicos (como os direitos à saúde, moradia, educação, seguridade social, ao bem-estar e a um adequado padrão de vida) por serem o produto do encontro entre o reconhecimento de direitos universais a serviços e o atendimento de certas necessidades humanas fundamentais. Há consenso de que a garantia desses direitos requer do Estado atuação positiva para promover o bem-estar dos cidadãos, mais do que simplesmente se abster de agir<sup>35</sup>. A justificativa para a atuação judicial na esfera das necessidades básicas decorreria da consideração dessa atuação ser uma premissa necessária ao pleno exercício dos direitos fundamentais de proteção contidos nas Constituições, pois ninguém seria capaz de exercitar os direitos negativos clássicos sem os meios materiais mínimos assecuratórios dos direitos à vida.

Mesmo assim, não caberia ao tribunal constitucional decidir quanto à aplicação dos direitos econômicos e sociais nas Constituições, pois essa prática poderia ferir o princípio da separação de poderes, na medida em que afetaria a destinação dos recursos públicos, tema relativo à esfera política. Além disso, haveria baixa possibilidade de restrição a eventual exercício arbitrário do poder, uma vez que as garantias constitucionais “por um lado constituem um limite na medida em que encerram um núcleo de significado irrenunciável, mas ao mesmo tempo sua ponderação confere uma maior margem de discricionariedade”,<sup>36</sup> o que estaria no âmbito da atividade política e não jurídica.

Critica-se, ainda, no sentido da inexistência de instrumentos institucionais, a atuação dos juízes em conformidade com os elementos teóricos de interpretação e autocontenção

---

<sup>33</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

<sup>34</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141.

<sup>35</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A., 2020.

<sup>36</sup> GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Freios e contrapesos à Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 13, n. 44, p. 49-78, jul.-dez. 2019.

institucional, isto é, autolimitação do próprio poder, para manter o resultado da atuação judicial dentro de espectro mínimo de legitimação democrática, embora possam ser adotados mecanismos minimizadores desse déficit, como audiências públicas e o diálogo institucional entre os envolvidos no conflito constitucional<sup>37</sup>.

Diante disso, a noção de separação de poderes é um pilar estrutural da compreensão do constitucionalismo democrático contemporâneo, lastreada na obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*<sup>38</sup>, reafirmada na Declaração dos Direitos do Homem de 1789.<sup>39</sup> Embora considerada parte da necessária distribuição de funções entre órgãos do Estado, a referência a *poderes* configura imagem meramente figurativa<sup>40</sup>.

A separação de poderes, ou funções do Estado entre órgãos diversos e com igual grau de autonomia, visa assegurar a própria existência do Estado Democrático de Direito. Ela evita a concentração do poder estatal em única pessoa ou único órgão e, por consequência, mantém a prevalência dos princípios fundamentais da Constituição. Ao mesmo tempo, assegura a expressão da vontade popular diretamente, via Poderes Legislativo e Executivo eleitos, e indiretamente via Poder Judiciário, a quem compete assegurar a primazia da lei, no âmbito público e privado. Essa primazia configura a face normativa inarredável para a existência de um Estado Democrático de Direito, como retratado no princípio estrutural da igualdade na Constituição<sup>41</sup>:

Enquanto o Estado de Direito de legalidade (lastreado no conceito iluminista de lei) estava fadado à superação, a ideia de limitação do poder por meio de mecanismos constitucionais estaria destinada a perdurar. O poder, pois, necessitava, ainda que legítimo fosse, de ser limitado. E isso constitui, ainda nos dias atuais, o núcleo imutável da separação dos poderes<sup>42</sup>.

A Constituição brasileira estabelece a divisão de poderes em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa

---

<sup>37</sup> “A importância da cláusula *notwithstanding* e das *advisory opinions* reside na possibilidade que elas possuem de estabelecer um controle de constitucionalidade das leis que chame a atenção dos legisladores e dos cidadãos sobre as normas imperfeitas editadas. Dessa forma, pode-se pensar em um controle de constitucionalidade das leis que não apenas ajude a aperfeiçoar a produção legislativa, mas que também promova um valioso diálogo institucional”. GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.

<sup>38</sup> Ano 1748, Capítulo VI, Livro XI.

<sup>39</sup> FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). “Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

<sup>40</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 953.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

<sup>42</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 956.

norma significa tanto a estruturação organizacional do Estado quanto a própria função de cada órgão<sup>43</sup>.

A divisão das funções estatais entre poderes distintos assegura o recíproco controle entre esses entes, sem excluir a atividade fiscalizadora de outros órgãos, a exemplo do Ministério Público. Quando essa divisão é estabelecida de forma institucionalmente adequada pela Constituição, obtém-se o grau de equilíbrio necessário entre os Poderes e, com isso, adequado funcionamento do Estado, em prol da finalidade civilizatória preconizada para a nação no texto constitucional. Por outro lado, se o arcabouço institucional fixado na Constituição não favorece ao equilíbrio entre os Poderes, também denominado *check and balances*, ter-se-á disfuncionalidade comprometedora da eficácia do texto constitucional e, por conseguinte, dificuldade, quiçá impossibilidade, de se implementar o projeto de nação almejado pelo texto constitucional.

A finalidade da divisão de competência interna para o exercício do poder estatal visa limitar a atuação dos que exercem esses poderes, evitando que qualquer deles assumam o controle do Estado, mediante as competências dos demais poderes e, com isso, desvirtuem os princípios da Constituição fundantes da própria identidade nacional constitucional<sup>44</sup>.

A partir da concepção da tripartição de poderes, amplamente propagada no final do século XIX e início do século XX, houve estímulo significativo para aumentar a fragmentação do poder estatal entre diversos outros órgãos com elevado grau de autonomia em relação aos poderes tradicionais<sup>45</sup>. Isso resultou na “multifuncionalidade do Estado contemporâneo”<sup>46</sup>, e tornou bastante complexas as atividades estatais, muitas vezes prejudicadas, em decorrência da elevada fragmentação das funções estatais com autonomia. São consideradas funções estatais aquelas atreladas aos órgãos que cuidam da soberania nacional<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 108.

<sup>44</sup> FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes** – o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: RT, 1994, p. 13. “O estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio da limitação do poder, constituindo, portanto, um instrumento jurídico-institucional que visa impedir que um poder se sobreponha a outro, do que a propiciar a interferência, sobretudo política, em um poder sobre o outro.”

<sup>45</sup> Por exemplo, Ministério Público, Agências Reguladoras e Tribunais de Contas.

<sup>46</sup> “A evolução que sofreu a teoria separatista de Locke e Montesquieu quanto à atual realidade, longe de propugnar o seu fim, na verdade, aponta para um dos grandes problemas constitucionais do presente, que é a denominada ‘hipertrofia das funções do Estado’, como denominaram o fenômeno Zgabriel Almond e J. Coleman, ou ‘multifuncionalidade do Estado contemporâneo’, nas palavras de Cristina Queiroz. Isso exige uma ‘(re) ordenação e (re) distribuição das funções estatais’”. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 968.

<sup>47</sup> “Há funções do Estado e há funções dos diversos órgãos e agentes dele, mas que não se confundem, pois uma coisa são as funções de Estado e outra bastante diversa são as funções que deve desempenhar determinado órgão do Estado. As funções do Estado, que interessam mais de perto aqui, pode-se dizer, são aquelas atreladas aos

No Estado contemporâneo, a separação de poderes não tem a mesma configuração do passado, sobretudo diante do aumento das funções estatais e da complexidade das relações sociais, decorrentes da própria evolução da civilização humana, incluindo o aspecto quantitativo – com bilhões de pessoas – e da grande tecnificação do convívio socioeconômico. Essa realidade impõe novas atividades ao Estado, a criação de instituições outras, diversas dos Poderes tradicionais, inclusive mediante órgãos dotados de soberania, além da elevação da presença estatal na sociedade, seja como decorrência natural dessa realidade, seja decorrente de maior presença por opção política<sup>48</sup>.

Soma-se a essa realidade que, pela contemporânea teoria constitucional, a Constituição deixa de ser uma mera regra procedimental-política, excepcionalmente utilizada para estatuir limites ao legislador. Nesse modelo, ela assume o centro unificador do sistema jurídico, recheada de princípios que traduzem valores e diretrizes compromissárias que irradiam seus efeitos para todos os ramos do direito, de forma a balizar a atividade do legislador<sup>49</sup>. Em outras palavras, enquanto o paradigma positivista da atividade legislativa deveria ser resguardada, na teoria da constituição atual cabe primazia à norma jurídica fundadora do Estado e acolhedora da identidade nacional, produzida pela assembleia constituinte, norma a qual todos, inclusive a integralidade do poder estatal se submete, pois a juridicidade passa a ser monopólio da constitucionalidade. O controle, antes focado na legalidade, se transforma em um controle de legitimidade: da lei em relação à Constituição e aos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

De qualquer forma, a ampliação e a complexidade tecnológica das relações sociais impuseram maior presença e diversidade das atividades do Estado na sociedade, o que não permite o isolamento das funções estatais na tripartição estrutural originária. É necessária uma maior simbiose dessas funções entre os Poderes. Nesse grupo, é possível incluir o Ministério

---

órgãos da soberania nacional”. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 959.

<sup>48</sup> “a inclusão de novos ‘poderes’, ou, mais propriamente, a constatação da existência de funções outras, atribuíveis a certos ‘poderes’ (‘órgãos de soberania’) por insuficiência absoluta dos ‘poderes’ tradicionalmente aceitos, pode-se dizer, é uma constante no pensamento mais recente de todos quanto se ocuparam detidamente do tema, o que infirma a possibilidade de uma construção teórica das funções estatais”. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 960.

<sup>49</sup> GONÇALVES JUNIOR, Carlos. Constitucionalismo contemporâneo: uma análise da situação constitucional israelense. **Cadernos de Educación y Desarrollo**, Portugal, v. 15, n. 3, p. 2810-2836, 2023. E prossegue: “Uma Constituição, então, pode ser entendida como um conjunto de normas instituidoras e fixadoras das competências da Administração direta do Estado, bem como de qual forma serão dirigidos esses órgãos, e por quem. Além disso, estão contidas na Constituição as normas que limitam a atividade dos órgãos estatais, visando à preservação da liberdade e da autodeterminação das pessoas e grupos que fazem parte dessa sociedade. São as normas que garantem uma certa posição dos indivíduos frente ao Poder Público; os direitos fundamentais”.

<sup>50</sup> Zagrebelsky *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013.

Público, quando dotado de autonomia em relação a qualquer dos Poderes constituídos, como previsto na Constituição. Igualmente, pode haver elevado grau de independência de um órgão estatal vinculado a certo poder constituído, mas sem completa subordinação integral, como ocorre no Brasil com as Agências Reguladoras<sup>51</sup>.

Nesse espectro, é possível considerar a existência de órgão interconectados, mas com autonomia em relação a qualquer dos Poderes constituídos, com funções e objetivos de soberania próprios, como os Tribunais Constitucionais exclusivos, de formação plural por membro de todos os Poderes e sem qualquer vinculação subordinativa direta a qualquer deles.

A Constituição brasileira prevê a harmonia entre os poderes<sup>52</sup>, juntamente com a respectiva independência. No tocante à primeira, a indicação constitucional traduz mais cooperação do que harmonia propriamente dita. Embora dividido em poderes e funções, o Estado é uno e não teria qualquer razão existencial se os poderes estatais atuassem visando a extinção ou a redução subordinativa de uns em relação aos outros. Essa circunstância conflituosa é incompatível com a própria noção de Estado Democrático de Direito, que é um pilar estrutural do Estado brasileiro. A desarmonia entre os poderes seria indutora da inviabilidade desse núcleo constitucional essencial<sup>53</sup>.

## 2.2. Direito constitucional, política e ativismo judicial

Atualmente, tem-se alegado certo grau de comprometimento da democracia pela teoria constitucional, em razão de tratar-se como coisas iguais o constitucionalismo juntamente com

---

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 111. [...] “hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*”.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 113. O autor cita diversas exceções a esse princípio: Art. 56 – ocupação de cargos executivos por parlamentares; Art. 50 – convocação de Ministros de Estado pelos plenários da Câmara e do Senado, dentre outros. E consigna: Quanto à “*harmonia entre os poderes*, verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.

<sup>53</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 959. “A realidade, como se pode facilmente constatar, já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, especialmente numa distribuição rígida tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários (justamente aquilo que se pretende coibir)”.

o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ocasionando prejuízo à separação de poderes, aos demais atores políticos, especialmente ao Legislativo, além da hipertrofia do controle judicial, sobretudo no tocante à legitimação democrática para solucionar controvérsias constitucionais complexas e persistentes, repletas de valores morais em choque, e que afetam a própria compreensão ética e a visão de mundo dos indivíduos. Diante dessa realidade, deve-se indicar a quem caberia a palavra final sobre os desacordos razoáveis na sociedade contemporânea permanentemente mobilizada pela conectividade tecnológica.

O positivismo prestigia a rígida separação de poderes, adotando como referência uma sociedade com instituições ideais, na qual caberia ao Legislativo solucionar as controvérsias constitucionais persistentes e estruturais na sociedade por possuir maior legitimidade democrática para tanto<sup>54</sup>.

Onde há tribunais constitucionais com controle abstrato e concentrado da constitucionalidade dos atos estatais, prevalece o entendimento de que a revisão judicial dos atos normativos e jurídicos, em face do texto constitucional, é necessária para assegurar a eficácia das Constituições, sobretudo aquelas que apresentam conteúdo indicando serem de aplicação concreta os direitos fundamentais e as políticas públicas que os assegurem, como ocorre no sistema jurídico constitucional brasileiro.

A legitimidade democrática na aplicação da Constituição pelo tribunal constitucional, sobretudo quando considerado o ativismo judicial, demanda reflexão e contextualização a respeito da relação entre direito e política contemporaneamente, porque o núcleo essencial da crítica à atuação do intérprete constitucional oficial reside, exatamente, na invasão da atividade jurídica na esfera política, seja legislativa, seja administrativa, ocasionando a assertiva de violação à separação e ao equilíbrio entre os Poderes do Estado.

A relação de interdependência entre o sistema jurídico constitucional e o sistema político reside na consideração de serem, ou não, distintos subsistemas inerentes às sociedades, ou, ao contrário, necessariamente interligados, em face da relação existente a começar pela própria produção da norma jurídica no âmbito do Estado, inclusive na interpretação da norma constitucional, na qual ocorreria as atividades jurídica e política simultaneamente.

---

<sup>54</sup> “[...] na sociedade atual, as crises devem ser solucionadas por meio das instituições legislativas, uma vez que as decisões dos tribunais no exercício da revisão judicial forte estruturalmente orientada para os direitos não cumprem critérios essenciais de legitimidade democrática: juízes não são eleitos democraticamente em eleições periódicas pelo povo; juízes não são submetidos aos *ethos* de eleições, representação e responsabilidade eleitoral, como está o Legislativo”. Jeremy Waldron *apud* HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 112.

Essa atividade simultânea significa que a jurisdição constitucional configura, em certo grau, a função exercida pelo “Poder Real”, ou “Poder Moderador”, o qual é definido por Benjamin Constant como “de alguma forma, o poder judiciário dos outros poderes.”<sup>55</sup>

A ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal, na atuação de tribunal constitucional, como em muitos países, tem suscitado profícuo debate a respeito do rompimento do cânone constitucional da separação de poderes. Diante dessa realidade, o questionamento sobre a existência atual dos limites historicamente considerados entre os poderes do Estado se elevou a ponto de permitir alusão ao possível surgimento de nova forma de governo: a juristocracia<sup>56</sup>, e no sentido de que “no afã de efetivar a Constituição, os juízes passaram a se orientar livremente, sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito jurisprudencial”<sup>57</sup>.

A correlação entre direito e política, sobretudo a partir do século XVI, tem grande pertinência com a separação dos diversos espectros de normatividade social existentes na Idade Média. Esses espectros estavam calcados nos domínios da aristocracia, da religião e da moral então vigentes, os quais se convertiam em questões de direito e eram tratadas como tal. Com o declínio da aristocracia, surgiram teorias que permitiram resistir à supremacia daquelas fontes dispersas de imposição de condutas aos indivíduos e instituições. Essas teorias invocaram o tratamento dos soberanos sujeitos à lei. A autoridade do direito advinha da força da atividade política convertida em normas legais, isto é, a autoatividade do direito fundada na validade oriunda da garantia da política na produção das normas<sup>58</sup>.

Niklas Luhmann entende que não há conflito entre os sistemas jurídico e político. Embora a tradicional expressão “Estado de Direito” não aborde a questão, reconhece serem sistemas separados, embora estruturalmente interdependentes<sup>59</sup>. Otto Bachof, por sua vez, considera a existência de subjetividade tensionadora dessa relação, pois “as normas

---

<sup>55</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

<sup>56</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A., 2020.

<sup>57</sup> MALISKA, Marcos Augusto. O Poder Judiciário entre o voluntarismo jurisprudencial e o autoritarismo judicial. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 158.

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 550-553. “À medida que não existe nenhuma Constituição, no sentido moderno do termo, o problema da resistência se configura como problema central do Estado moderno, ou seja, o fato de que o direito se encontra em oposição à política. E é justamente aí que reside o segredo de todas as teorias que se erigiram sobre a unidade entre direito e política. Ou, em outras palavras: uma diferença entre o sistema jurídico e o político pode ser concebida unicamente se forem levadas em conta as premissas dominantes da época, como a resistência justificada contra o exercício do poder político”.

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 565.

constitucionais em muitos casos não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas”<sup>60</sup>.

A construção contemporânea do relacionamento entre direito e política é bem traduzida pela expressão “Estado de Direito” pois, apesar de genérica, permite “definir duas perspectivas de *sentido contrário* como uma *unidade* e celebrá-la como uma conquista da civilização: suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito”<sup>61</sup>.

Efetivamente, a norma constitucional traduz ao mesmo tempo a supremacia da política e da legalidade, em uma relação simbiótica, na qual a transformação da política em direito e, simultaneamente, a garantia do direito à política, traduz face relevante do Estado Constitucional e do relacionamento intrínseco e interdependente entre o sistema jurídico e o político, sem que lhes retire as respectivas autonomias<sup>62</sup>.

No Estado regido por uma Constituição, o resultado da política – legislativa e administrativa – se sujeita aos postulados constitucionais, ao mesmo tempo em que esses postulados asseguram igualmente a atuação política das esferas legislativa e administrativa, sem que possam ser restringidos nessa atividade pelos demais poderes, inclusive via atuação jurisdicional. Esta, por sua vez, está igualmente submetida às normas constitucionais de competência para agir no mister de aplicar a norma constitucional, restrição mútua essa entre os Poderes, em decorrência lógica da própria separação entre eles fixada no próprio sistema jurídico.

---

<sup>60</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013: “tais valorações, porém, são sempre, até determinado ponto, subjetivas. Assim, verifica-se sempre inevitavelmente uma relação tensionante entre direito e política” [...] “O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas”. Otto Bachof (1996) *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 565. “A separação de sistemas pode ser vista como pré-condição para o aumento da interdependência, e a própria sociedade, como sistema, pode ser vista como pré-condição para a possibilidade dessa conexão. A democratização do sistema político e a positivação do sistema jurídico só puderam ser desenvolvidas pelo recíproco condicionamento e estimulação” (p. 558).

<sup>62</sup> “*En puridad, el aserto hermenéutico de que la Constitución es portadora de valores materiales no son más que ‘los ideales que una comunidad decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico’. Tiene, por ende, un marco de una utopía realizable. Y es que, a la postre, el ideal y desiderátum del que está envuelto toda Constitución, es la de auspiciar un proyecto político de una nación, en tal contexto, los citados valores que encarna el texto fundamental generan un rol de función legitimadora. Por tanto, un acto de gobierno, o un acto legislativo o jurisdiccional, inclusive actos provenientes de entidades privadas que pretendan desconocer esos valores superiores que auspicia y promueve el texto constitucional, son atacables per se de inconstitucional*”. CRUZ, Gerardo Eto. **Derecho procesal constitucional** – su interpretación y desarrollo jurisprudencial. v. I. Bogotá-Colômbia: Grijley, 2012, p. 154.

No que tange a essa convivência reside o ponto de tensionamento, pois podem ser, e geralmente são, diferentes os interesses defendidos por cada um dos Poderes, nas respectivas visões do bem comum dos seus ocupantes.

Esse tensionamento emerge mais complexo na atuação do tribunal constitucional, sobretudo na atualidade, ao qual compete identificar e fixar o conteúdo vigente da norma constitucional, em atuação de natureza política com conteúdo jurídico. Por isso, na atuação do tribunal constitucional, a simbiose entre os sistemas jurídico e político se aproxima de forma quase coincidente, sobretudo quando atua como intérprete positivamente na aplicação da norma constitucional, impondo o respectivo entendimento de bem comum para a atuação dos demais Poderes. Isto ocorre, por exemplo, ao se estabelecer condutas possíveis sem a atuação prévia do legislador<sup>63</sup> ou ao fixar o conteúdo normativo de uma lei, a pretexto de ser o único constitucionalmente aceito, mesmo que de forma diversa do originalmente pretendido na esfera legislativa. O que ocorre, por exemplo, com a redução do texto normativo da lei para adequá-lo à norma constitucional entendida como predominante pelo tribunal constitucional.

Na esfera administrativa, ocorre quando o intérprete constitucional determina ao Poder Executivo a adoção de determinada política pública, inclusive quanto à forma de implementá-la, apesar da atuação ou entendimento diverso dele<sup>64</sup>.

A atuação do tribunal constitucional pode considerar que a Constituição apresenta um norte específico para toda atuação estatal, legislativa ou administrativa, configurando-se como a concretude dessa previsão constitucional. A partir desse entendimento, é viável, e até necessário, que o tribunal constitucional verifique ou configure a norma vigente ao texto constitucional prévio e completo, seja por meio do controle negativo da lei, seja mediante a imposição de alteração e até completude inovadora da lei que lhe é submetida à análise, em atuação de controle positivo de legalidade, mediante as diversas formas possíveis de produção de normatividade abstrata, sem a prévia participação legislativa. Essa possibilidade não se restringe ao tribunal constitucional, podendo decorrer, inclusive, da atuação do Poder Judiciário, quando o juiz afasta a norma ou altera o conteúdo normativo, para aplicar normas constitucionais principiológicas.

Em contraposição a essa quase superposição entre política e direito na atuação do tribunal constitucional, alguns defendem que a Constituição não traduz corpo normativo

---

<sup>63</sup> Por exemplo, a fixação de quantidade de droga-maconha configuradora de consumo e não tráfico pelo STF RE n. 635659 com repercussão geral.

<sup>64</sup> Cite-se a determinação para o Poder Executivo apresentar plano de proteção aos indígenas isolados (ADF n. 991).

completo a indicar regulação, ainda que direcional, de todo o espectro sociopolítico da nação, o que impediria ao intérprete oficial da norma constitucional identificar e impor a visão do bem comum.

Para esses, a Constituição se limitaria a estabelecer balizas para a atuação dos atores estatais na seara política. Por consequência, a atividade do tribunal constitucional se limitaria a verificar se o exercício do poder político por quem pratica o ato legislativo ou administrativo estaria em conformidade às balizas constitucionais. Não se permitiria a atuação do tribunal constitucional para adentrar no conteúdo pertinente ao poder político e administrativo para estabelecer o sentido da atuação estatal, isto é, do bem comum, quanto à atividade daqueles, cujo controle seria restrito à verificação de agir dentro do espectro das possibilidades constitucionais.

Assim, ao legislador caberia definir o sentido do bem comum, regulamentador dos princípios constitucionais, determinando a conduta concreta do agir estatal, na implementação do projeto civilizatório constitucional. Cabe ao juiz ordinário submissão ao princípio de legalidade e ao tribunal constitucional afastar produção normativa e administrativa, declarando-as inconstitucionais, somente se estas estiverem abaixo do “marco de possibilidades políticas que a Constituição permite”<sup>65</sup>.

As abordagens teóricas referidas evidenciam a tensão da relação entre direito e política, atualmente sintetizadas nos significados opostos da expressão de ativismo judicial, no qual alguns defendem maior distanciamento entre os sistemas jurídico e político, sobretudo na atuação dos tribunais constitucionais<sup>66</sup>, enquanto para outros há legitimidade democrática na

---

<sup>65</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n. 9, jan.-mar. 2009.

<sup>66</sup> “Embora os dois modelos descritos sejam conceitualmente plausíveis, o compromisso com a dignidade democrática da lei implica (e impõe) optar pelo segundo, pois se opta pelo primeiro embora se possa ter um sistema mais jurídico, porém também menos democrático. Insistimos, pois, no que anteriormente se afirmou: a lei, enquanto expressão de direitos políticos democráticos continua tendo nos sistemas constitucionais uma autônoma razão de ser. E disso deriva uma consequência clara para a configuração das competências da jurisdição constitucional: a rigorosa separação entre as questões políticas e as questões de constitucionalidade. A função do Juiz Constitucional não é substituir ao Parlamento, que goza de uma inegável liberdade política; não é, portanto, a de fixar a melhor lei desde a perspectiva constitucional, mas somente de eliminar aquelas que resultem intoleráveis, e daí sua usual caracterização como “legislador negativo”. Por isso, na sua tarefa de controlar a constitucionalidade da lei, o juiz não deve avaliar as motivações políticas que impulsionaram o legislador e menos ainda sugerir ou impor-lhe diretamente uma opção política determinada. Em poucas palavras, o Tribunal Constitucional não deve influir na direção política do país”. ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n. 9, jan.-mar. 2009.

interpretação constitucional, com atuação e concreção mediante atuação progressista na aplicação dos direitos fundamentais<sup>67</sup>, ainda que repleta de conteúdo de natureza política<sup>68</sup>.

Em relação à realidade brasileira, o debate alça contornos ainda mais relevantes face à cumulação, pelo Supremo Tribunal Federal, das funções de tribunal constitucional e de tribunal de cúpula do Poder Judiciário. Na primeira função, foi-lhe conferido muitos instrumentos de atuação próprios de tribunais constitucionais desvinculados da estrutura do Poder Judiciário e com configuração específica na composição e no tempo de permanência dos membros.

No tocante à segunda função, esta soma ao Supremo Tribunal Federal a atuação hipertrofiada de tribunal de cúpula do Poder Judiciário, seja via controle difuso de constitucionalidade, seja via decisão judicial de natureza recursal extraordinária, ordinária ou originária (primeira), mediante o proferimento, muitas vezes, de decisões com força vinculante de todo o espectro sociopolítico, como ocorre com o reconhecimento da repercussão geral da decisão tomada, fixando-se conteúdos normativos genéricos, a partir da atuação, inclusive de ofício, em ações individuais, as quais envolvem quase todos, se não todos, os temas regulados pelo sistema jurídico, considerada a realidade judicial brasileira, na qual tramitam mais de 80 milhões de ações judiciais<sup>69</sup>.

Por outro lado, a atuação democrática do tribunal constitucional na necessária função atualizadora do significado da norma constitucional também demanda a existência de aspectos próprios, tratados mais adiante neste estudo.

A estabilidade da norma constitucional não significa imutabilidade no tempo. Ela deve ser ajustada à realidade presente mediante emenda quando possível, ou, como é mais comum, via interpretação do texto normativo, extraindo dele a norma vigente e compatível com a realidade atual. Um exemplo tradicional é a Constituição dos EUA, vigente desde 17 de setembro de 1787, com poucas alterações. O texto normativo é atualizado, via interpretação,

---

<sup>67</sup> FARACO, Marina. Deixando de lado o 'ativismo' e a 'autocontenção' judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. **Revista do Advogado**, v. 1, p. 147-155, 2018.

<sup>68</sup> “*El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero. Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola también como una con un carácter político*”. CRUZ, Gerardo Eto. **Derecho procesal constitucional** – su interpretación y desarrollo jurisprudencial. v. I. Bogotá-Colômbia: Grijley, 2012, p. 149.

<sup>69</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados estatísticos**: priorização do 1º grau. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

para abarcar a realidade e impor a norma constitucional compatível desde a edição até o século XXI. Mesmo a Constituição Federal de 1988, bastante alterada, mas preservada no núcleo essencial das cláusulas pétreas (imutáveis), demanda atualização hermenêutica frequente, em face da acelerada mudança socioeconômica e cultural decorrente da revolução tecnológica ocorrida a partir do final do século XX e, atualmente, em marcha acelerada. A realidade tecnológica impacta fortemente as relações sociais, econômicas e políticas, por isso, impõe a compatibilidade do texto normativo constitucional à realidade presente, pois o sentido da norma no tempo – o que confere significado à necessária constância do direito – permanece até que outro seja estabelecido<sup>70</sup>.

No tocante à norma constitucional de natureza principiológica, a limitação temporal do conteúdo decorre do próprio significado não permanente dos valores na sociedade. Por isso, cabe ao intérprete oficial atualizá-la, a qual só alcançará eficácia adequada se produzida com legitimação democrática, pois, conforme observa Niklas Luhmann, “é cada vez mais difícil exigir ‘legitimidade’ no sentido de uma orientação dirigida por princípios ou valores indubitáveis e que tenham também, por isso mesmo, constância temporal”<sup>71</sup>.

Mesmo as normas procedimentais para a consecução dos objetivos da Constituição estão sujeitas à temporalidade, pois são passíveis de verificação periódica para a apuração da garantia que pretendem assegurar ao processo decisório político-jurídico. O objetivo é alcançar um resultado minimamente aceitável com razoabilidade, tanto para os partícipes diretos dessa atividade quanto para os partícipes indiretos, que são os destinatários do resultado da interpretação, na perspectiva de ser assegurada atuação sociopolítica-jurídica que vise garantir a legitimação democrática para a exigência da conduta futura do destinatário, ainda que incerta, pois passível de revisão no curso do tempo. “Desse modo, e é precisamente aí que se evidencia

---

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 751. “O próprio sistema jurídico parece reagir ao que aparentemente se apresenta como transformação dos valores, mas que no fundo vem a ser um processo muito mais amplo, condicionado não só pela diferença entre gerações, mas de distintas maneiras. Se se toma critério a constância da função normativa (sem a qual o direito não seria direito), delinea-se uma tendência que se poderia referir como *temporalização da validade normativa*. As normas e a validade, que em cada caso as sustenta, já não se ancoram nas constantes religiosas ou naturais ou nas de uma estrutura social inquestionada, mas uma validade ‘até segunda ordem’”.

<sup>71</sup> “Mesmo os que se aferram ao termo ‘legitimidade’ e, conseqüentemente, aos fundamentos transpositivos da validade jurídica, têm limitado com o passar do tempo suas expectativas aos procedimentos; eles têm feito do problema da legitimidade um problema de procedimento. Portanto, um problema temporalizado!”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 752.

seu caráter socialmente dependente, o direito da sociedade moderna *deve subsistir sem um futuro certo*<sup>72 73</sup>.

No contexto da temporalidade da norma constitucional<sup>74</sup>, cada vez mais acelerada em razão da atual sociedade tecnológica hiperconectada, a legitimação democrática do intérprete oficial se torna ainda mais relevante e diretamente relacionada ao ambiente institucional, procedimental e subjetivo no qual atua o exegeta. Sem ambiente adequado, o resultado hermenêutico do tribunal constitucional perde as condições de juridicidade para uma atuação ampliada e progressista na aplicação das normas constitucionais – sentido do ativismo judicial adotado neste trabalho.

A legitimidade democrática do resultado hermenêutico, além do ambiente institucional, procedimental e subjetivo do intérprete, reside na persuasão racional dos fundamentos da interpretação, especialmente daquela promovida pelo tribunal constitucional, quando atua inovando o sistema jurídico. Portanto, a verificação da consistência e da coerência do resultado hermenêutico, somada à legitimação democrática, irão favorecer certo grau de aceitação natural da força normativa da atuação inovadora e, por consequência, a eficácia da Constituição na implementação do desenvolvimento civilizatório nela estabelecido. Se para a maior parte da sociedade a imposição da força normativa do resultado hermenêutico decorrer tão somente da força estatal, a eficácia da Constituição não será adequada para o avanço civilizacional consistente nela previsto<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 753.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 754. No entanto, existe uma intensificação do problema que pode ser definida como distinção entre o futuro do presente e o presente do futuro. O direito não pode se estabilizar no tempo no sentido de que o que é válido uma vez será válido para sempre. Se se quiser confiar no direito, pode-se contar com o apoio contra resistência e desapontamentos, mas não se pode esperar que o direito se mantenha imutável.

<sup>74</sup> “As sociedades pluralistas, marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que ninguém tenha força suficiente para impor a sua vontade sobre os demais, assinalam não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, mas sim, a de realizar as condições de possibilidade deste. Assim, a abertura das normas jurídicas permite acomodar os diferentes interesses de uma sociedade pluralista”. PEDRA, Adriano Sant’Ana. Segurança jurídica e abertura normativa: a imprescindibilidade de uma racionalidade pública no processo de construção da norma. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 31, jan.-abr. 2015, p. 769.

<sup>75</sup> A respeito da fundamentação legitimadora e temporal da interpretação constitucional, Niklas Luhmann registra: “Em última instância, tudo isso tem consequências para a compreensão da peculiar racionalidade do direito. No próprio sistema jurídico, tradicionalmente se pensa racionalidade como racionalidade do legislador; porém, hoje se tende a pensar como racionalidade, e racionalidade como possibilidade de fundamentação de decisões – seja com referência a princípios (Dworkin), à inteligibilidade cultural (Parsons), ou seja com referência, por fim, a um consenso estabelecido sem coações (Habermas). Isso deixa aberta a questão da determinação do que ocorrerá após a fundamentação (independentemente do quanto seja plausível). Se se incluir a dimensão temporal, assomar-se-ão as vantagens da temporalização da complexidade ao mesmo tempo que a racionalidade é entendida como multiplicação das possibilidades restringidas, como ampliação da margem de manobra da decisão com aumento das limitações decisórias dependentes do tempo”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 761.

Como consequência disso, a adequação do conteúdo normativo ao texto normativo, por meio da hermenêutica atualizadora ou criativa, não significa possibilidade de conduta arbitrária do intérprete oficial e remete, ainda mais, à necessidade de aferir legitimação democrática na atuação, apurável diante das condições institucionais, objetivas e subjetivas do intérprete oficial, e da fundamentação racional e coerente com o texto da Constituição, decorrente da ponderação de todos os postulados nela contidos, sobretudo na atuação inserida no espectro do ativismo judicial, a fim de obter-se resultado com consenso social mínimo.

### 2.3 Ativismo judicial e legitimação democrática do intérprete constitucional – apontamentos a respeito da interpretação e do intérprete como elementos integrantes da própria norma

A norma jurídica escrita é insuficiente para a eficácia pretendida pelo direito no âmbito da realidade social fenomênica. Por isso, é sempre necessária, em maior ou menor grau, a atuação do intérprete que identifica e impõe a aplicação da norma, pois cabe a ele aferir o significado da norma e as consequências da aplicação na realidade<sup>76</sup>.

A atividade hermenêutica, portanto, assegura não apenas a eficácia do ordenamento jurídico, mas também a legitimidade democrática da interação entre o resultado hermenêutico e a realidade ao qual é aplicada a norma. Daí que, a depender da atuação do intérprete, a aplicação da norma pode ser negada pelo resultado da interpretação ou gerar consequência por ela não pretendida<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> “A prática do direito, seja ele qual for, exige que se leve em consideração interações entre o texto escrito e as reações resultantes de sua aplicação em dado meio. Desprezando essa interação, não se compreende nada da vida do direito, ou seja, da maneira pela qual sua interpretação evolui sob o efeito das mais variadas técnicas jurídicas”. PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 453.

<sup>77</sup> CRUZ, Gerardo Eto. **Derecho procesal constitucional** – su interpretación y desarrollo jurisprudencial. v. I. Bogotá-Colômbia: Grijley, 2012, p. 153. “*El sentido o contenido del concepto de legitimidad que aquí se ha de emplear, y que en cierta forma subyace al planteado por los recurrentes, tiene que ver con la noción que formula Karl Deutsch [Política y Gobierno, FCE, México 1998, pág. 26 y sgtes.], según la cual dicho concepto implica la promesa de que la búsqueda de nuestro valor resultará compatible con la búsqueda o el disfrute de otros valores. ‘Decimos que la búsqueda de un valor es legítima si, [...] tenemos razones para esperar que no infligirá intolerables daños a ningún otro valor que también sea vitalmente importante para nosotros (...) la legitimidad es un concepto relativo, antes que absoluto. Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores’ [...] ‘Es una relación entre valores dentro de una situación a la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede cambiar también. Dado que la legitimidad puede variar con el tiempo y con el lugar, puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de la legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes’. Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo Karl Deutsch denomina ‘legitimidad por procedimiento’. Mediante este, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de creación de una institución] “se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento ‘legítimo’, es*

A atividade interpretativa alça maior relevo diante das normas constitucionais, pois estas possuem natureza principiológica, por isso, a respectiva eficácia demanda maior completude do significado normativo pela atividade interpretativa. Nesse contexto, a completude e a extensão do significado normativo imposto pelo intérprete oficial produz grande reflexo e consequência no ordenamento jurídico e na vida social, na medida em que privilegia determinados valores sociais ou econômicos em detrimento de outros, impactando sobremaneira a realidade individual, social e institucional dos sujeitos à norma constitucional interpretada.

A interpretação constitucional é tão importante quanto a própria Constituição, na medida em que é a exegese que lhe confere respectiva *vida* e eficácia na realidade do país, cumprindo os objetivos propostos pela norma. Segundo Roger Leal, a crítica Carl Schmitt à proposta kelseniana de um tribunal constitucional reside no sentido de que, sendo o contencioso constitucional relacionado à identificação do conteúdo normativo, em especial aqueles com amplo espectro hermenêutico, sendo essa atividade “a uma *determinación de conteúdo legal*, isto é, seria o resultado do exercício de uma atividade de caráter legislativo ou, até mesmo, constituinte e não jurisdicional.”<sup>78</sup>

Como afirmado, “*La Constitución más perfecta ha de fracasar lamentablemente através de una defectuosa o errónea interpretación*”, além de ser a falsidade hermenêutica o caminho capaz de conduzir “*a la perversión constitucional*”<sup>79</sup>. Diz-se, ainda, que a consciente má interpretação da Constituição equivale a algo pior do que sua revogação. Significa trair o próprio pacto de desenvolvimento civilizatório representado pela Constituição para uma nação, retirando-lhe, de forma sub-reptícia e velada, a sua força motora para esse mister sem a possibilidade de se atribuir ao autor, pessoal ou institucional, a consequência danosa imposta à nação.

À medida que os princípios são cada vez mais utilizados para solucionar questões jurídicas, aumenta a relevância do ramo do direito que regula os procedimentos necessários para se alcançar um resultado adequado, especialmente ao lidar com um meio de normatização da conduta que, como os princípios, é menos exato e mais amplo<sup>80</sup>.

---

*decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo”.*

<sup>78</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

<sup>79</sup> QUINTANA, Linhares *apud* DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 1995, p. 79-80.

<sup>80</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 254-255.

Os princípios fundamentais são estruturantes do Estado e indicam os valores que regem a relação deste com a sociedade e entre os membros destas. Assim, neles estão incluídos os dispositivos inseridos no título da Constituição com o mesmo nome (Constituição – Título I), e os “direitos e garantias fundamentais” (Constituição – Título II); “organização do Estado” (Constituição – Título III); “a defesa do Estado e das Instituições democráticas” (Constituição – Título V).

José Afonso da Silva observa, a respeito da referência ao título dos princípios fundamentais na Constituição, que a expressão se refere à “noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’”<sup>81</sup>. Significa dizer que, todos os demais dispositivos constitucionais devem se nortear pela coerência com esses princípios nucleares do sistema constitucional, a fim de assegurar a legitimidade material essencial, ou seja, a consonância com o Estado Democrático de Direito.

Os princípios gerais, por sua vez, norteiam a adequada interpretação de determinados sistemas normativos indicados na Constituição, como o sistema tributário nacional, que expressamente indica os “princípios gerais” (Constituição – Título VI, Capítulo I) e, da mesma forma, os que regem a “atividade econômica” (Constituição – Título VII, Capítulo I). Assim, as normas do sistema jurídico infraconstitucional necessitam estar em consonância com os princípios gerais de determinado sistema jurídico estabelecido na Constituição, pois estes estabelecem as balizas para a elaboração normativa e a exegese das leis existentes; ou seja, indicam os limites do legislador e os nortes principiológicos do intérprete infraconstitucional.

As normas setoriais indicam a referência da Constituição para a atividade pública e privada em determinados setores da sociedade. É possível citar, por exemplo, a “política urbana” (arts. 182 e 183 da CF/1988), a “política agrícola, fundiária e da reforma agrária” (arts. 184 a 191 da CF/1988). Esses princípios indicam, de forma propositiva, o rumo a ser adotado pelo legislador infraconstitucional e pelo hermenêuta. Contudo, essas normas não são apenas pragmáticas ou desprovidas de eficácia concreta, pois devem ser utilizadas como referência para afastar norma legal que extrapole o feixe interpretativo possível compatível com os princípios setoriais contidos nessas normas constitucionais.

A interpretação de princípios difere estruturalmente daquela destinada às regras, pois os princípios podem colidir e, frequentemente o fazem, quando aplicados a situações concretas. Nesse contexto, a atuação do Tribunal Constitucional se dirige principalmente a promover a

---

<sup>81</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

convivência eficaz entre os princípios constitucionais, diante dos conflitos nos quais colidem entre si e com as normas inferiores.

Assim, a interpretação e a respectiva eficácia da norma consiste em “oferecer uma dentre as diversas previsões/soluções encontráveis no sistema”, amparada por um contexto institucional e subjetivo do hermenauta que assegure a legitimação democrática do resultado na realidade.

Igualmente, o ativismo judicial, no significado aqui adotado, encontra maior espaço de atuação quando a controvérsia constitucional se apresenta lastreada em conflitos de princípios constitucionais, os quais traduzem situações complexas (*hard cases*), na qual qualquer solução implicará prejuízo à eficácia de algum princípio constitucional. Daí decorre a importância da legitimação democrática para a atuação do tribunal constitucional, na medida em que a solução da controvérsia constitucional envolvendo a colisão de princípios constitucionais tem impacto relevante na realidade cotidiana e nos valores morais da sociedade, além de contrariar parcela, geralmente, significativa da população.

Diante da controvérsia constitucional lastreada no conflito de princípios, a interpretação constitucional demanda o uso de mecanismos de sopesamento dos princípios aplicáveis, a fim de extrair a preponderância de uns em relação a outros, sem nulificar a eficácia mínima de qualquer deles. Significa dizer que, a interpretação deve garantir a eficácia jurídica mínima de todos os princípios envolvidos, pois a opção pela eficácia preponderante de um não revoga ou retira a eficácia do outro, mas permanecem coexistindo juridicamente válidos. Confere-se força normativa preponderante de um deles em relação ao outro, diante da concreta situação controvertida a ser solucionada, desde que a prevalência de um não implique a nulificação de outro, cuja eficácia será reduzida ao mínimo que lhe assegure a vigência. Esse mínimo é o limite hermenêutico da interpretação daquele considerado prevalente pelo intérprete.

Registre-se que os princípios constitucionais apresentam textura aberta, sem previsão clara e prévia de determinado significado, somente evidenciado diante do contexto de aplicação à situação controvertida. Com efeito, a textura aberta representa uma vagueza potencial e traz com ela certa indeterminação e imprevisibilidade<sup>82</sup>, invocando a interpretação e o intérprete para compor o próprio conteúdo normativo do princípio aplicado à controvérsia constitucional.

A interpretação das regras, por outro lado, remete à lógica da subsunção, na qual os fatos são configurados para a aplicação da norma-regra. A consequência da eficácia desta é previsível

---

<sup>82</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. Segurança jurídica e abertura normativa: a imprescindibilidade de uma racionalidade pública no processo de construção da norma. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 31, jan.-abr. 2015.

e, geralmente, prevista no próprio conteúdo normativo. Ocorrendo conflito entre normas dessa categoria (regras), uma será expungida do ordenamento jurídico em favor da eficácia da outra. Portanto, se norma-regra conflitar com princípio ou outra diretriz hierarquicamente superior, será afastada do ordenamento jurídico; se conflitar com uma norma-regra de aplicação específica, será afastada a norma-regra de aplicação geral. Esse afastamento não ocorre quando se trata de norma-princípio, pois ambas permanecem com eficácia, sendo sopesados na aplicação respectiva à situação conflituosa posta, sem que a prevalência de uma norma-princípio revogue a outra.

Decorre daí que o contexto, e não apenas o texto da norma principiológica, são relevantes na interpretação, pois não se busca a verdade de certo princípio eficaz em detrimento de outro ineficaz, diante da controvérsia. Nesse ambiente, a atuação legítima democraticamente do intérprete é fator imprescindível para a juridicidade do resultado hermenêutico. Não é suficiente, embora necessária, a adoção da argumentação racional para configurar essa legitimação.

A hermenêutica visa, mediante dialética, obter democraticamente um resultado transformador e pragmático da realidade do conflito sob análise, em consonância com os postulados do princípio adotado como preponderante ao caso. Logo, a legitimação democrática resultará, exatamente, na solução encontrada pelo sopesamento entre os fins sociais, o interesse comum e as consequências práticas da interpretação<sup>83</sup>.

Por certo, a abertura do direito permite o exercício da discricionariedade pelo intérprete. A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo na interpretação jurídica, especialmente porque a solução de dado problema não está previamente estabelecida pelo ordenamento, mas depende de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. Nessas hipóteses, além da questão institucional e subjetiva do intérprete, a legitimidade material da atuação judicial demanda regular processo argumentativo, ou seja, a demonstração racional de que a solução proposta é a mais adequada à concreção da norma constitucional<sup>84</sup>. A teoria da argumentação engloba a situação fática em espaços abertos, o que permite uma contextualização do direito. Essa percepção é possível a partir da consciência de que normas jurídicas são aplicadas por

---

<sup>83</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 151.

<sup>84</sup> PEDRA, Adriano Sant'Ana. Segurança jurídica e abertura normativa: a imprescindibilidade de uma racionalidade pública no processo de construção da norma. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 31, jan.-abr. 2015.

normas não jurídicas, como os critérios argumentativos de legitimação e a pré-compreensão do intérprete<sup>85</sup>.

Em que pesa a teoria da argumentação não garantir a resposta certa – empiricamente falando – diminui a incidência da arbitrariedade<sup>86</sup>, sobretudo quando considerado que a adequação procedimental, inerente à validade da argumentação, favorece a racionalidade do resultado interpretativo. A ideia contemporânea de justiça submete-se à correção racional das decisões pelas suas motivações<sup>87</sup>, averiguado considerando a adequação procedimental. Assim, não há decisão racional fruto de procedimento inadequado ou ilegal, pois “não é o julgador que escolhe qual direito vale, ele deve confrontá-los na decisão, ponderar justificadamente sobre qual prevalecerá no caso concreto. A ponderação em si é formal, não emite valor, é técnica de argumentação e, não, princípio esculpido na Constituição”<sup>88</sup>.

Na interpretação de princípios, a abordagem atual se fundamenta na proporcionalidade e na razoabilidade, como elementos igualmente necessários à legitimação material. A primeira é, ao mesmo tempo, princípio, norma e regra, pois orienta a aplicação dos demais princípios constitucionais, sobretudo quando colidem na solução de específica controvérsia. Considera-se a proporcionalidade como o “princípio dos princípios”<sup>89</sup>, precedida pela razoabilidade como elemento norteado da respectiva atuação. O princípio da proporcionalidade é implícito na Constituição brasileira e decorre do próprio Estado Democrático de Direito, pois viabiliza a compatibilização dos demais princípios constitucionais, via fundamentação racional, sobretudo

---

<sup>85</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e discurso constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n. 11, jul.-set. 2009.

<sup>86</sup> “[...] acima de qualquer outra coisa, é mister não se esquecer nunca – diz Ruggiero –, quando se fala de regras de interpretação, este sumo princípio: quer sejam doutrinas ou legais, elas não constituem jamais um completo e infalível sistema de normas, cuja mecânica aplicação dê lugar quase automaticamente à descoberta do verdadeiro sentido da lei. É seu caráter e função o serem simples subsídios, critérios gerais que devem servir de guia directiva no processo lógico para a investigação; este, porém, não se actua já com o uso exclusivo duma série mais ou menos completa de regras de hermenêutica, mas exige primeiro e antes de tudo uma fina intuição do fenômeno jurídico, um conhecimento profundo de todo o organismo do direito, uma sólida cognição da história dos institutos e das condições de vida em que se formam as relações jurídicas. E é por isso mais uma arte que não se ensina e mal se constrange em qualquer decálogo, de poucas regras lógicas... E é também sempre verdade – sem que isto autorize a reconhecer no juiz uma faculdade criativa de normas – que na interpretação há necessariamente algo de pessoal e de arbítrio, pois nenhum trabalho do intelecto se pode constranger completamente na mordida de preceitos fixos e indefectíveis”. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 11 (nota de rodapé).

<sup>87</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e discurso constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n. 11, jul.-set. 2009.

<sup>88</sup> “Posto isso de maneira empírica, pergunta-se menos como fazer isso, e mais por que esses direitos e não outros. Agem, portanto, procedimentalmente, para corrigir as imprecisões e diminuir a discricionariedade [...]. Trata-se de critério formal de um processo jurídico discursivo racional. São critérios, como o da razoabilidade e o da universalidade, que permitem aferir condições de aceitabilidade sobre as metodologias utilizadas. Agem sobre os argumentos e sobre as técnicas de interpretação constitucional, definindo seus padrões de uso”. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e discurso constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n. 11, jul.-set. 2009.

<sup>89</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

nos casos de maior complexidade (*hard cases*), nos quais é necessário optar por princípio em detrimento do outro, sem aniquilar a eficácia mínima deste, sobretudo porque na hermenêutica constitucional inexistem referências normativas superiores, diversamente do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Nessas situações – conflitos de princípios – a interpretação é realizada com elevado grau de subjetividade pelo intérprete. A norma jurídica é, então, criada como resultado do processo hermenêutico, e não descoberta, como em regra na exegese do ordenamento jurídico. Assim, a atividade hermenêutica não é um mero ato de reconhecimento, mas um ato de vontade, ou seja, de atribuição de significado ao conteúdo da norma.

Em virtude disso, deve-se afastar a existência de uma verdade universal e objetiva na interpretação e concreção dos princípios constitucionais, especialmente quando em conflito, pois, no processo de compreensão, surgem muitas possibilidades interpretativas a serem identificadas e escolhidas pelo exegeta. Como o texto normativo apresenta inúmeros significados, cabe ao intérprete extrair daí a norma jurídica a ser aplicada, conforme lhe parecer mais adequado à situação concreta sob a sua análise, revelando ato de vontade<sup>90</sup>, cuja juridicidade está na argumentação racional apresentada pelo intérprete.

Nesse sopesamento, todavia, existem princípios constitucionais protetivos do interesse público e dos fins sociais que não podem ser desconsiderados ou relegados a um plano secundário, mesmo diante de consequências indesejáveis no plano fenomênico. Por exemplo, inviável a manutenção da validade de certo contrato público, eivado de vício de origem grave, como ter sido firmado em decorrência de crime (corrupção ou violação às leis licitatórias), somente porque haverá prejuízo material elevado, em face do estágio adiantado da realidade fenomênica para ser alcançado o respectivo objeto (contrato).

Além disso, necessário considerar que os valores objetos da norma constitucional interpretada, em si, não devem ser considerados superiores às consequências que a respectiva aplicação pode causar, de forma a gerar reflexos na realidade desarrazoados, ou seja, que imponham aos destinatários da norma principiológica interpretada ônus ou perdas anormais ou excessivos, salvo os cânones constitucionais estruturantes, em especial a moralidade pública (art. 37 da CF/1988)<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. Segurança jurídica e abertura normativa: a imprescindibilidade de uma racionalidade pública no processo de construção da norma. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 31, jan.-abr. 2015.

<sup>91</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 175 (texto original de 1958): “sugeriu-se, também, que a função determinativa de significado do contexto consiste no fato de que o contexto oferece uma base para conclusões acerca do que o autor razoavelmente pode ter querido dizer. Especificamente, ao interpretar leis, ‘razoável’ significa o que é, na prática, razoável. A interpretação se baseia aqui na suposição

A equiparação das consequências aos próprios valores jurídicos abstratos da norma interpretada gera relevante complexidade. Isso inclui, no ato hermenêutico, entender as consequências na dúplici compreensão da norma: aquela que lhe confere o sentido e aquela que busca capturá-lo<sup>92</sup>. Então, as consequências adquirem a mesma relevância na compreensão do âmbito normativo, para restringir o próprio grau da eficácia das normas de valores jurídicos abstratos. Esse grau de eficácia deve ser contido diante do gravame consequencial que possa decorrer da interpretação que confira a esses valores abstratos amplo grau de eficácia.

Nesse contexto, a adequação procedimental para a interpretação constitucional permite assegurar tanto a identificação do conteúdo normativo, quanto a verificação mais ampla das consequências da atuação do tribunal constitucional, contribuindo para a legitimação democrática do resultado hermenêutico.

Os estudos sobre a norma jurídica e sua natureza são inúmeros, e muitos apresentam profundidade e qualidade excepcionais<sup>93</sup>. Nesta seção, busca-se destacar um aspecto nem sempre considerado: a integração da atividade interpretativa e, por consequência, do intérprete no próprio conteúdo da norma como elemento intrínseco a ela, especificamente no tocante àquelas que possuem conteúdos não unívocos, isto é, o conteúdo da norma apresenta feixe interpretativo com diversas possibilidades e a respectiva normatividade será conferida pelo intérprete como resultado da sua atividade hermenêutica.

Os princípios constitucionais, em particular, revelam seu conteúdo normativo e eficácia no mundo fenomênico apenas quando o hermeneuta oficial identifica o conteúdo normativo aplicável, momento no qual a concreção da norma constitucional se insere na realidade da vida sociopolítica da nação. Assim, cabe ao intérprete oficial dizer o conteúdo da norma constitucional na realidade e quando a concreção da Constituição é solicitada, diante das controvérsias constitucionais, por quem detém competência para tanto – os legitimados formais (art. 103 da CF/1988).

---

de que o legislador quis sancionar disposições que, em seus efeitos práticos, se harmonizassem com as exigências, valorações ou atitudes que presumivelmente gravitavam em torno dele”.

<sup>92</sup> Tercio Sampaio Ferraz Junior indica a necessidade da identificação do “ponto de partida dogmático para a interpretação”. Ao afirmar que interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), reconhece-se a existência de dois atos: um que dá à norma o seu sentido e outro que tenta captá-lo: “O dogma inicial pode ser colocado em diferentes níveis, hierarquizados ou não. Por exemplo, parte-se da norma positiva, vista como dogma, mas também podemos questioná-la do ponto de vista da sua justiça, caso em que uma concepção de justiça passa a ser o novo ponto de partida; ou podemos questioná-la pelo ângulo da sua efetividade, caso em que a possibilidade de produção de efeitos passa a ser o ângulo diretor e o ponto de partida do postulado”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 72.

<sup>93</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986; BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edpro, 2015.

O ponto em discussão vai além da simples divisão de poder para identificar o conteúdo da norma constitucional, porque a Constituição estabelece limites para a tomada de decisões futuras pelo legislador. O cerne do debate está em se reconhecer que, diante da vagueza e da abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação<sup>94</sup>.

Não é integral a criação do direito decorrente da escolha do conteúdo normativo vigente pelo intérprete oficial, pois a atuação está limitada às possibilidades de compreensão inseridas no texto da norma, não lhe sendo facultado fixar como norma algum comando contrário ou não abrangido pelo texto normativo. A atividade criativa está na escolha de um, dentre os muitos possíveis conteúdos normativos inseridos no texto da norma, conteúdos cujas possibilidades são maiores na exata medida da amplitude da norma de princípios interpretada; quanto mais abrangente o princípio interpretado, mais amplo o feixe de possibilidades e, por consequência, maior a atividade criadora do direito pelo intérprete constitucional oficial.

Do contrário, o próprio direito – e, por consequência, a norma jurídica – se tornaria uma mera casuística para justificar a atuação conforme o interesse do intérprete. Isso ocorreria principalmente na tentativa de realizar sua compreensão subjetiva de Justiça pela efetivação direta dos princípios na realidade social, transformando o intérprete aplicador da Constituição em *dono* do respectivo conteúdo, impondo à sociedade a própria visão valorativa do bem comum.

Igualmente, não é menor a atuação do intérprete para a própria existência da norma constitucional, pois a norma não possui conteúdo real identificável sem essa atuação quando questionada a respeito do respectivo conteúdo normativo e cobrada a respectiva eficácia diante da realidade fenomênica posta. Por isso, a atividade integrativa do hermenauta oficial equivale à própria criação da norma, com ela se fundindo e confundindo.

Seria possível alegar que, qualquer intérprete na aplicação da norma realiza atividade integrativa, a fim de identificar-lhe o conteúdo normativo e dar-lhe eficácia. Essa realidade ocorre naturalmente quando qualquer pessoa age conforme entende ser o significado normativo – conteúdo da norma – que deve reger a respectiva conduta no mundo fenomênico. Contudo, essa exegese do intérprete não oficial é desprovida de força vinculante e, por isso, inexiste a integração dessa hermenêutica no próprio núcleo da norma, na medida em que não se torna obrigatória a outrem. Assim, somente a interpretação oficial se integra ao núcleo existencial do

---

<sup>94</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso em: 28 fev. 2018.

conteúdo da norma, passando a fazer parte desta e a ela conferindo eficácia vinculante *erga omnes*, conteúdo e eficácia correspondentes ao resultado da interpretação realizada pelo exegeta.

Em outras palavras, o intérprete é um elemento intrínseco à própria validade e eficácia do ordenamento jurídico; sem o intérprete, o ordenamento jurídico não atinge seu objetivo de eficácia no mundo dos fenômenos. Diante disso, na interpretação, existe tensão entre o ponto de partida da interpretação (v.g., normas de valores abstratos) e a liberdade do intérprete, que é, “na verdade, uma tensão entre a instauração de um critério objetivo e o arbítrio do intérprete”<sup>95</sup>.

A inclusão da interpretação do tribunal constitucional como elemento nuclear da própria existência da norma não aparenta ser tão complexa, diante da crescente aceitação e propagação da atividade criadora do direito pela atuação do juiz. Todavia, na realidade, as instituições não promovem interpretação; quem o faz são as pessoas que as compõem, por ora, em face da aproximação das máquinas com inteligência artificial desse ambiente. Destarte, a atividade criadora da norma, via integração hermenêutica, só ocorre mediante a atuação de uma pessoa ou de pessoas que compõem as instituições estatais, as quais criam e integram a norma via interpretação; logo, a interpretação criadora e integradora da norma não existe sem o intérprete, o qual deve ser considerado nas respectivas circunstâncias subjetivas para a criação da norma, igualmente o legislador é considerado. Trata-se de um aspecto relevante, pois a dignidade institucional e a legitimidade democrática do resultado hermenêutico da atuação estatal estão diretamente ligadas à própria legitimidade material e à dignidade ética na atuação pessoal do intérprete constitucional.

A necessária existência de um arcabouço institucional adequado para o funcionamento do tribunal constitucional visa assegurar ambiente que favoreça o arbitramento legítimo dessa tensão e, com isso, atender a imperiosidade da legitimação democrática na atuação do intérprete, decorrente da limitação de seu arbítrio na escolha dos elementos principais a serem adotados no ato de interpretar. Essa limitação objetiva manter, ou talvez trazer, o resultado da exegese para dentro dos limites do Estado Democrático de Direito<sup>96 97</sup>, elemento basilar da

---

<sup>95</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 73.

<sup>96</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”.

<sup>97</sup> “No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de

normatividade constitucional, e assegurar a produção de resultado hermenêutico juridicamente válido, inclusive no espectro do ativismo judicial.

Essa consideração da atividade criativa do direito, via intérprete e interpretação, gera consequências relevantes, pois traz para a existência do núcleo normativo as circunstâncias subjetivas do intérprete, não apenas da instituição ao qual pertence, para efeito de compatibilizar o resultado hermenêutico com o princípio basilar da Constituição: o Estado Democrático de Direito.

O legislador possui diversos requisitos constitucionais para legitimar sua atuação na produção das normas, a fim de assegurar atuação correspondente aos ditames do Estado Democrático de Direito: pertencer a partido político; eleição com mandato fixo de quatro ou oito anos – deputados e senadores respectivamente, assegurando-se a possibilidade de renovação; condições de elegibilidade; origem para compor o poder de legislar – população (povo) ou representação federativa – deputados e senadores respectivamente; competências delimitadas e limitadas, conforme figurem na Câmara ou no Senado ou na atuação conjunta do Congresso Nacional.

A norma, portanto, é fruto da atuação de legisladores, pessoas investidas do poder de legislar que atendem a requisitos específicos institucionais e subjetivos, a fim de conferir à norma criada a legitimação material compatível com o Estado Democrático de Direito, pilar inaugural da própria Constituição<sup>98</sup>.

Reconhecida, portanto, a criação judicial do direito, isto é, da norma jurídica, mediante a atuação do intérprete oficial, via exegese, aproximando-o da atividade legislativa, necessário verificar a legitimação democrática subjetiva do hermeneuta constitucional, a fim de constatar se essa atividade criadora da norma está minimamente em consonância com o Estado Democrático de Direito. Insuficiente para tanto a legitimação formal, ou seja, a investidura na condição de juiz constitucional, conforme a norma de escolha posta na própria Constituição, pois nela não consta nem a limitação de atuação interpretativa, nem a autorização para a criação

---

responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimidade mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do ‘aspecto democrático’ dos direitos fundamentais. Democracia se desenvolve mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e, também, o ‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 36-37.

<sup>98</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por fundamentos: [...]”.

judicial do direito. Daí porque a legitimação democrática se extrai da conjugação entre a estrutura funcional do órgão competente, em especial, o âmbito de atuação e a posição institucional na estrutura do Estado, associada ao sistema de investidura do intérprete nesse órgão, sistema no qual se incluem os aspectos subjetivos – idade, formação profissional, dentre outros possíveis –, e os aspectos políticos-institucionais objetivos: tempo de permanência/renovação; origem da indicação; forma de aprovação e limitações éticas atreladas à função.

A teoria da concretização afirma que não há interpretação independente de casos concretos. Nesse processo, a compreensão prévia do intérprete assume um relevante pressuposto interpretativo subjetivo. Como escreve Friedrich Müller, “as questões de interpretação são pré-decididas pela pré-compreensão consciente ou inconsciente”. O método concretista exige, então, “a vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido”<sup>99</sup>.

No entanto, especialmente na interpretação constitucional, a pré-compreensão do intérprete necessita se conectar com a fronteira civilizatória constitucional, e não às suas próprias perspectivas de mundo, políticas, culturais ou religiosas. Isso porque, caso contrário, estaria se obtendo uma norma constitucional do texto sem a ética mínima, configurando uma disfunção que compromete a própria Constituição. Assim, o horizonte hermenêutico da norma constitucional seria equiparado ao horizonte dos valores subjetivos do intérprete oficial, transformando a fundamentação apresentada em mero *verniz retórico* e ato de *rebeldia*, em violação ao Estado Democrático de Direito.

Considerando as normas principiológicas e de textura aberta, que estão repletas de valores morais e fundamentais, é possível que o intérprete traga para sua atuação seu próprio manancial de valores e visões de mundo. Esse aspecto está intimamente ligado à legitimação democrática do intérprete oficial, que diz respeito à forma de escolha, origem e tempo de exercício de poder nesse mister.

A consideração do Estado Democrático de Direito como elemento revelador de natureza procedimental da Constituição<sup>100</sup> tem conexão com a necessidade de arbitramento da tensão entre o ponto de partida e a liberdade do intérprete e, por conseguinte, necessita incluir a questão

<sup>99</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. Segurança jurídica e abertura normativa: a imprescindibilidade de uma racionalidade pública no processo de construção da norma. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 31, jan.-abr. 2015.

<sup>100</sup> “Nossa compreensão do quanto o Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente judiciais, para que se dê sua realização, aumenta na medida em que precisamos melhorar o conteúdo dessa fórmula política”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

procedimental na atuação sobre essa tensão, ou seja, os meios pelos quais se desenvolve a atuação do intérprete, a fim de se averiguar a legitimação democrática do resultado hermenêutico. Cite-se, por exemplo, a amplitude e a atemporalidade da atuação individual – decisões monocráticas – dos juízes constitucionais do Supremo Tribunal Federal, realidade que revela procedimento incompatível com o Estado Democrático de Direito e, por consequência, afasta o resultado interpretativo da necessária legitimação democrática.

A ausência desse arbitramento adequado, seja pelo ambiente institucional, seja pelos meios procedimentais ou pelas circunstâncias subjetivas, permite que o intérprete extrapole o âmbito inerente e legítimo de subjetividade no ato de interpretar, para viabilizar atuação de feição pessoal e voluntarista, as quais podem significar arbítrio. Se ocorrer tal extrapolação, há contrariedade ao próprio ordenamento jurídico que se pretende aplicar, maculando a legitimidade democrática da atuação do hermeneuta, sobretudo no espectro do ativismo judicial, e resultando em atuação antijurídica.

Outro fator capaz de elevar a legitimação democrática da atividade interpretativa do tribunal constitucional, sob o enfoque procedimental, consiste em se ampliar o espectro dos intérpretes que podem participar e influenciar no resultado do processo hermenêutico, seja pela colegialidade da decisão, seja pela participação prévia de outros que possam apresentar argumentos jurídicos e elementos fáticos capazes de embasar a escolha mais adequada no feixe interpretativo possível da norma constitucional, como ocorre, por exemplo, com a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>101</sup>.

No tocante ao aspecto subjetivo do intérprete, o qual se associa ao ambiente institucional e aos procedimentos adotados, como fatores necessariamente a serem considerados para a averiguação da legitimação democrática da atividade e, logo, do resultado hermenêutico, tem-se que o hermeneuta está sujeito a interferências endógenas e exógenas no respectivo *animus*.

As interferências endógenas podem ocorrer em decorrência de idiosincrasias pessoais do intérprete, como ideologia política, religiosa, cultural, interesse profissional, dentre muitas outras possíveis. No tocante ao aspecto externo, o intérprete pode sofrer interferências de grupos de pressão, sobretudo na sociedade hiperconectada. Somam-se a esses aspectos, a própria origem, isto é, como o hermeneuta constitucional foi escolhido para exercer essa função, o que, também, pode ser uma fonte de interferência exógena.

As possíveis interferências sobre o hermeneuta são um tema importante porque a interpretação tem como característica receber informações de diversas fontes, requerendo

---

<sup>101</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

estabelecer o núcleo essencial, a fonte principal, a ser considerada para a atividade interpretativa visando produzir resultado legítimo democraticamente para ser jurídico.

Entretanto, nem toda a interferência externa ou interna contribui para a legitimação democrática da interpretação. A medida para aferir essa legitimidade consiste na forma pela qual tal influência ocorre no *animus* do intérprete, limitando ou alterando qualquer dos polos da tensão entre os critérios objetivos e a sua liberdade, os quais serão antijurídicos se pautarem opção que não seja a fidedignidade intelectual visando a eficácia da Constituição Federal em prol do bem comum e do desenvolvimento do projeto civilizatório nela contido. A depender da influência maléfica sobre a atividade interpretativa, poder-se-á ter, inclusive, crime (por exemplo, corrupção e tráfico de influência).

Além disso, merece consideração para se aferir a legitimidade democrática do tribunal constitucional, a possibilidade de aspectos exógenos interferirem na atividade hermenêutica, sobretudo no *animus* do exegeta. Esses aspectos podem atingir a legitimação democrática do resultado da interpretação constitucional, seja pela influência no aspecto subjetivo do intérprete (peculiaridades pessoais – ideologia política, religiosa, cultural, interesse pessoal ou profissional etc.), seja pela atuação de grupos setoriais de pressão da sociedade, sobretudo na sociedade hiperconectada.

Esse aspecto tem grande relevo na atualidade, pois a expansão do ativismo judicial tem trazido questionamentos frequentes a respeito da relevância das influências externas sobre a ética na atuação do intérprete judicial, sobretudo o constitucional, em face da amplitude e das consequências dessa atuação no âmbito social, político e econômico do país.

#### **2.4 A legitimidade democrática para a juridicidade do ativismo judicial como elemento fortalecedor da identidade constitucional**

O entendimento comum a respeito da identidade nacional sugere a respectiva origem em decorrência de elementos próprios da tradição, como etnia, religião, política e cultura; o agrupamento de pessoas em torno de valores e de princípios constitucionais (patriotismo constitucional); de rupturas institucionais; ou de uma combinação desses fatores.

Atualmente, inseriu-se a consideração da identidade nacional decorrente da associação de pessoas em torno de valores e princípios assecuratórios do convívio social, não necessariamente decorrentes da tradição, o que permite o convívio entre os diversos e complexos espectros étnicos, culturais e políticos que compõem o universo social. Esses valores

e princípios, quando inscritos em um texto normativo básico – a Constituição –, asseguram e fortalecem a unidade e a identidade nacional, protegendo a convivência dialética e democrática de todos. Essa nova perspectiva é sintetizada na expressão *patriotismo constitucional*, amplamente difundida nos estudos de Jürgen Habermas.

Em qualquer dos espectros em que lastreada – tradicional ou constitucional –, a identidade nacional se fortalece, ou não, em decorrência da forma como o Estado e suas instituições, inclusive o acesso pelos indivíduos ao poder respectivo, se relacionam com o projeto de nação/povo vigente. Este projeto é estabelecido na Constituição e a *vivência* posterior à promulgação significará o fortalecimento, ou não, da identidade nacional declarada (tradição) ou constituída pelo texto constitucional.

Nesse contexto, a força normativa da Constituição é proporcional à eficácia e à adequação das condutas individuais, coletivas e estatais à identidade nacional e, por consequência, ao projeto de nação estabelecido. Essa eficácia é fruto da *pressão* cultural e política decorrente da coesão do povo/nação, que visa limitar e legitimar o acesso ao poder, e o respectivo exercício dentro de um espectro favorável ao projeto de nação contemporâneo, sobretudo, futuro. Com isso, a identidade nacional formada deve ser o elemento preponderante nas condutas individuais, coletivas ou estatais, visando à evolução do marco civilizatório e à prosperidade comum, conforme almejado pela nação e retratado na Constituição.

A identidade nacional, seja ela resultante da tradição, do *patriotismo constitucional*, de rupturas institucionais inaugurais de nova identidade, ou de uma mescla dessas origens, só terá viabilidade de fortalecimento e projeção temporal se a coesão em torno da identidade nacional for retratada na Constituição de forma a abarcar, em contentamento geral mínimo, todas as pretensões econômicas, culturais e políticas dos viventes sob determinada norma constitucional, sejam elas fruto da tradição ou não.

Assim, a Constituição possui função integradora, não só normativa, cujo efeito ocorre na realidade, “na medida em que o processo de integração social pode ser promovido pela Constituição, mas não controlado, ordenado, determinado ou implementado imperativamente por ela”<sup>102</sup>, por tratar-se de um *processo mental coletivo*.

Do contrário, o enfraquecimento da coesão em torno da identidade nacional manterá baixa a eficácia normativa da Constituição, comprometendo o projeto de nação originário e o contentamento geral em torno desse projeto. Esse enfraquecimento, inclusive, pode desfazer a

---

<sup>102</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 100.

identidade nacional para que outra seja formada, mediante nova, ou novas normas basilares, nas quais se adequem e se expressem melhor a coesão do que realmente existe em certo momento histórico.

Igualmente, o exercício reiterado do poder em contrariedade à identidade nacional terá como consequência a destituição daqueles que o exercem ou a dissolução da ordem constitucional que viabilizou o acesso ao poder, via enfraquecimento irrecuperável ou de uma ruptura da identidade nacional. Diante disso, compromete a identidade nacional o exercício reiterado do poder estatal contrariamente aos princípios elementares inseridos na Constituição, sobretudo os que alicerçam a democracia retratada na funcionalidade dos Poderes estatais, porque a desconformidade exacerbada compromete o *ambiente social e político* necessário à manutenção da coesão de propósitos mínimos entre os componentes do *povo* para o projeto de *nação* estabelecido.

Nesse contexto, insere-se a legitimidade democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal na atuação de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, isto é, na função de tribunal constitucional, na medida em que a ausência ou a fraqueza dessa legitimidade compromete a própria identidade nacional, em decorrência do crescente questionamento social e político sobre as decisões tomadas em temas de grande repercussão na sociedade.

Isso porque, na contemporaneidade, é cada vez mais complexo estabelecer e firmar laços socioeconômicos e políticos entre as pessoas, dada a multiplicidade de perspectivas, de projetos individuais e de grupos específicos na coletividade. Isso revela, muitas vezes, interesses incompatíveis. Daí a necessidade de se reconhecer os elos de valores e princípios atinentes à maioria da coletividade, tendo como referência o *status de cidadão*<sup>103</sup> conferido pela Constituição.

Esse aspecto, próprio da atualidade, revela a importância da efetividade da norma constitucional para todos os partícipes da múltipla formação da identidade nacional, mas, ao mesmo tempo, evidencia a necessidade de estrutura institucional que assegure a legitimidade democrática dessa atuação do tribunal constitucional que, em regra, sempre contrariará profundamente certo segmento que compõe a identidade nacional, a qual, na atualidade, se insere além da tradição (etnia, religião, economia, cultura e política), lastreando-se também no aspecto prático-formal de união das pessoas, nos termos e balizamentos da própria Constituição

---

<sup>103</sup> “O *status* de cidadão gera um tipo de solidariedade diferente da solidariedade pré-política. A solidariedade entre cidadãos que esperam responsabilidades mútuas está ligada à ideia de eles devem reconhecer (*sic*) direitos uns aos outros para formarem uma comunidade de homens livres e iguais. Jürgen Habermas *apud* SILVEIRA, Jacqueline Passos da. Direitos humanos e patriotismo constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 51, p. 157, dez. 2007.

que, *per se*, passaria a qualificar a identidade nacional ou coletiva de forma abrangente a todos os cidadãos, independentemente da tradição ou da história nacional. Essa abrangência é denominada *patriotismo constitucional*, isto é, uma identidade nacional ancorada nos valores e nos princípios de convivência e proposta de desenvolvimento civilizatório, inseridos na Constituição, independentemente dos aspectos históricos, sociais e culturais (tradição) de uma nação, mas baseada em *valores universais* adotados pela nação, não necessariamente acolhidos na tradição<sup>104</sup>.

Nessa conjuntura, a identidade nacional estaria ancorada na própria realidade dos valores e universalidades inseridas na Constituição, lastreados na cidadania individual com direitos positivados, expressando assim a identidade nacional (*patriotismo constitucional*), na dialética da participação social e política da gestão da convivência comum, mediante a garantia de acesso à formação e ao exercício do poder pelos cidadãos<sup>105</sup>. Por isso, a atuação do Tribunal Constitucional afeta diretamente a expectativa, muitas vezes contraditória, dos indivíduos e da coletividade organizada, a respeito da extensão e da eficácia dos direitos constitucionais positivados, podendo fortalecer ou enfraquecer a coesão da identidade nacional, conforme a legitimidade democrática que possuir.

O enfraquecimento da identidade nacional pode ocorrer em consequência da extrapolção no exercício da competência constitucional estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, e em decorrência de resultados interpretativos dissonantes do senso comum majoritário, em temas de alta repercussão social, como aborto, porte de drogas e corrupção.

Essa extrapolção, frequentemente, é associada à violação, à separação e ao equilíbrio entre os Poderes, em especial pela classe política e por parte da mídia, dos maiores veículos de comunicação, que atribuem ilegitimidade, portanto, inconstitucionalidade, na atuação como tribunal constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando este atua nos temas de alta repercussão social, ou apenas um dos seus membros decide a respeito deles.

---

<sup>104</sup> Habermas *apud* SILVEIRA, Jacqueline Passos da. Direitos humanos e patriotismo constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 51, p. 157, dez. 2007, p. 160: “A Constituição republicana busca materializar uma identidade ético-cultural, criando um sentimento entre os cidadãos de que eles fazem parte de uma comunidade que se reconhece em certos valores compartilhados, como se fosse uma identidade homogênea, culturalmente estabelecida, que emergisse acima dos interesses individuais. A ênfase dada ao conceito de cidadania no republicanismo recai sobre a existência de direitos positivos, que assegurem a possibilidade de participação política por meio da qual os cidadãos reafirmam os valores da comunidade”.

<sup>105</sup> Além disso, merece referência outros enfoques, tal qual de Luhmann, para quem, segundo Fábio Ulhoa Coelho, a “sociedade é um sistema de ações com significados e não um conjunto de homens com alguma identidade entre si. Ao contrário, os homens concretos são elementos do mundo circundante; nem eles nem as suas ações integram o sistema social, embora não possam prescindir deste. Os dois sistemas – a sociedade e o homem – coexistem em razão da estrutura de cada um deles, suficiente para tornar factível a coexistência”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e poder**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 38.

Os princípios constitucionais contêm o “sentimento comum do direito”,<sup>106</sup> influenciados pelo contexto cultural em que se desenvolvem. Esses princípios comuns devem evitar a arbitrariedade de qualquer pessoa ou entidade detentora de poder, mediante a imposição generalizada do “acordo universal” em prol da evolução civilizatória da humanidade, caracterizada pela ampliação, sem excludentes, da dignidade da pessoa humana no espaço e no tempo de existência.

A cultura constitucional<sup>107</sup> implica respeito pela Constituição e vai além, requer de seus cidadãos o acatamento vivencial dos seus comandos, impondo necessariamente o conhecimento da Constituição por todos os integrantes da sociedade, ao menos acerca dos seus princípios essenciais básicos<sup>108</sup>.

Assim, a Constituição necessita de permanente adequação à realidade histórica “viva” da nação, pressuposto para atuar eficazmente no preconizado projeto civilizatório (Constituição). Konrad Hesse<sup>109</sup> afirma que uma Constituição “quando tenta apegar-se às formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade”.

Contudo, esse atuar do tribunal constitucional em favor da efetividade da Constituição para fortalecer a identidade nacional e o próprio desenvolvimento do projeto civilizatório demanda legitimação democrática na respectiva atuação, sem a qual haverá resultado antijurídico, por isso, enfraquecedor da normatividade do texto constitucional.

## 2.5 A eficácia da Constituição brasileira e a função do STF como tribunal constitucional

A funcionalidade institucional do Supremo Tribunal Federal, na parte que cumula a atividade de tribunal constitucional, demanda prévia e breve análise de alguns aspectos relativos à teoria da Constituição e à eficácia da Constituição brasileira nas últimas quatro décadas.

<sup>106</sup> PERELMAN, Chaïm. **La lógica jurídica**. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

<sup>107</sup> “Cultura constitucional significa também conhecimento da Constituição. Esse é o seu grau mínimo. Era importante que ela fosse obrigatoriamente ensinada desde cedo”. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Cultura constitucional & revisões constitucionais**. Coimbra: Universidade do Porto. **International Studies on Law and Education**. v. 8, p. 5-16, 2011.

<sup>108</sup> A esse respeito, menciona-se o projeto “Constituição na Escola”, uma iniciativa de jovens advogados de São Paulo. O projeto recebeu o prêmio da *Young Leaders of The Americas Initiative*, lançado pelo então Presidente Barack Obama (**O Estado de S. Paulo**, 3 mar. 2018, p. A-19). O mesmo grupo desenvolveu o projeto “Olimpíada Constitucional”, uma competição que propõe aos estudantes do ensino médio elaborar uma redação. Em 2017, 700 alunos participaram da segunda edição. Espera-se 10 mil inscritos.

<sup>109</sup> HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

As Constituições são a expressão político-jurídica estruturante do Estado e da identidade nacional de determinado povo em um espaço territorial específico. Neste trabalho, adota-se a concepção do direito como fenômeno cultural que não consiste em algo próprio da natureza, mas é produto da evolução sócio organizacional humana no planeta. É necessário compreender o direito nesse contexto, ou seja, como uma consequência da dinâmica relacional dos diversos fatores sociais – política, religião, economia e cultura de certa sociedade<sup>110</sup>.

O direito é uma realidade cultural, uma obra humana voltada a realizar determinados valores, vinculada à ideia de justiça, às vicissitudes históricas, às religiões, aos costumes e à idiossincrasia de cada povo<sup>111</sup>.

Os textos constitucionais, em regra, existem para a melhoria futura dos seres humanos que vivem e, sobretudo, venham a viver no espaço territorial de uma nação. As Constituições não existem para piorar a vida das pessoas; logo, a eficácia política e normativa do texto constitucional está intimamente ligada à realidade existencial dos seres humanos que vivem sob a respectiva égide, favorecendo o desenvolvimento progressivo do processo civilizatório, no sentido de assegurar melhor qualidade de vida e existência humana para aqueles que vivem sob sua abrangência política e jurídica<sup>112</sup>.

As Constituições são mecanismos de interação entre a política e o direito, porque permite o fluxo de informações e estabelece os limites de cada sistema, numa relação que distingue o político do jurídico<sup>113</sup>, e, por si só, não traduzem a realidade presente ou futura, mas indicam o caminho e o objetivo pretendidos no processo civilizatório de certo povo, mediante a organização do Estado, sua atuação na sociedade e as regras estruturantes do convívio social, especialmente as garantias individuais e coletivas<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na justiça constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos “vetos *players*” na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 16, n. 49, p. 51-95, jan.-jun. 2022.

<sup>111</sup> VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. v. I. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 18: “quando falamos de civilizações queremos, por certo, aludir a formas duradouras e homogêneas de organização da vida social, vigentes em determinado espaço geográfico e assentes, além do mais, em certas regras comumente aceites de conduta individual” [...] “Uma vez que todos estes fatores variam consoante as comunidades humanas que se considerem, natural é que variem também as instituições jurídicas nelas vigentes, ainda que lhes correspondam sistemas econômicos análogos.”

<sup>112</sup> VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. v. I. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 62. “O Direito é, pois, um elemento constitutivo das civilizações e as suas fontes escritas – códigos, sentenças, manuais etc. – contam-se não raro entre as mais relevantes manifestações civilizatórias.

<sup>113</sup> PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno; RAIS, Diogo. Críticas à morfologia subjetiva do Tribunal Constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano, n. 12, out.-dez. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65604>. Acesso em: 1 mar. 2018.

<sup>114</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44. “Assim, o constitucionalismo abre perspectivas para o futuro. Pode-se conceber que pode/deve, também, o constitucionalismo olhar para o presente e ter vistas para o

De acordo com Pietro Alarcón, é possível identificar diferentes correntes doutrinárias, como as concepções jusnaturalistas, que enfatizam a expressão e o reconhecimento de princípios e regras de direito natural, e as concepções positivas, conforme a visão de Hans Kelsen, que considera a Constituição como a lei ou normas positivas que regulam a produção das normas jurídicas gerais. Frequentemente, faz-se alusão ao enfoque decisionista, de Carl Schmitt, que vê a Constituição como uma decisão política fundamental ou a concreta maneira de ser de qualquer unidade política existente<sup>115</sup>.

A realidade atual de um país traduz a Constituição viva, isto é, a extensão da eficácia do texto constitucional vigente, evidenciada na materialização atual do desenvolvimento civilizatório proposto em confronto com a vida presente dos seres humanos e das instituições estruturais da sociedade. A plenitude da eficácia do texto constitucional ocorre, idealmente, quando não existir diferença entre a realidade e o projeto civilizatório nela previsto, isto é, quando o presente for igual ao futuro prometido no texto constitucional.

Contudo, não existe um bem comum univocamente determinado a respeito do qual todos os homens concordem ou possam ser levados a concordar por força de uma argumentação racional, pois para os diversos indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar coisas diversas<sup>116</sup>.

Da ausência de unicidade possível a respeito do que seja o bem comum, no contexto do projeto civilizatório da Constituição, as pontes possíveis entre as concepções sociais e políticas do significado dos princípios constitucionais estruturantes dos Poderes e das garantias individuais e coletivas são estabelecidas pelas interações entres os entes estatais, endogenamente, e entre estes e a sociedade civil, interação essa retratada na atividade política, decorrente das opções dos detentores do poder em decorrência do processo democrático. Caso dessa atividade política não decorra a harmonização, então, pontualmente, caberá ao intérprete judicial oficial, naquele momento histórico, impor a significação constitucional do sentido de bem comum, inserido nos preceitos constitucionais. Isto porque, a diretriz geral de qual seja o

---

futuro. E isso ocorre justamente nesses momentos de concretização dos compromissos históricos assumidos constitucionalmente, quando, por exemplo, se garante que o silêncio irrompido pelos protestos das minorias vilipendiadas não será suprimido, mas ouvido, quando, enfim, se respeitam e cumprem os direitos fundamentais”.

<sup>115</sup>ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e direito público**. 5. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 166 (destaques no original): A Constituição é, na sua qualidade de texto normativo, “uma plataforma de partida que representa a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais, porque é a partir dos postulados constitucionais que cada um desses setores pode concorrer para imprimir ao Estado uma orientação de um ou outro signo, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional. Essa é a natureza das constituições democráticas na época do pluralismo”.

<sup>116</sup>SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Joseph E. Stiglitz. São Paulo: Unesp, 2017, p. 341.

bem comum constitucionalmente assegurado caberá, em regimes democráticos, aos diretamente legitimados pelo povo, em decorrência da atividade política. É supletiva e excepcional a imposição judicial do conteúdo normativo daquilo que seja o bem comum previsto na Constituição, mediante o ativismo judicial, desde que essa atuação esteja revestida de legitimação democrática

É elemento fundamental para a realização do projeto civilizatório constitucional a estruturação adequada do processo político, assim como as garantias constitucionais ao desenvolvimento democrático deste processo, que, em última análise, assegura a legitimação material de qual seja o bem comum constitucionalmente estabelecido no decorrer da efetividade da Constituição no tempo<sup>117</sup>.

A partir da segunda metade do século XX, surge o neoconstitucionalismo com a finalidade de tratar a eficácia normativa direta da Constituição, em contraposição à teoria positivista kelseniana que aborda a Constituição como texto político, sem eficácia distinta do quanto tratado no ordenamento jurídico. Dentre os postulados do neoconstitucionalismo destacam-se: princípios constitucionais com eficácia tanto quanto qualquer norma do ordenamento jurídico, subordinando aos seus ditames as demais normas; ponderação com método hermenêutico principal, em substituição à subsunção, e acolher a interpretação criativa da norma como função inerente à competência do órgão estatal responsável por assegurar a eficácia da Constituição<sup>118</sup>.

Nesse sentido, a atuação do tribunal constitucional ocorre exatamente em assegurar a eficácia da Constituição como norma jurídica e não política, fixando-lhe a extensão e impondo

---

<sup>117</sup> SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Joseph E. Stiglitz. São Paulo: Unesp, 2017, p. 356. Isso visa a evitar, ao máximo possível, a conclusão de Joseph Schumpeter: “O que observamos ao analisar os processos políticos é em grande medida não uma vontade autêntica, e sim uma vontade fabricada. E, com frequência, esse artefato é o único que, na realidade, corresponde à *volonté Générale* da doutrina clássica. Assim sendo, a vontade do povo é o produto político, não a sua força motriz”. De qualquer forma, do autor ainda vale observar certa amenização da assertiva: “Naturalmente, há limites para tudo isso. Há verdade no dito de Jefferson segundo o qual, no fim, o povo é mais inteligente do que pode ser qualquer indivíduo isolado, ou no de Lincoln sobre a impossibilidade de ‘enganar todas as pessoas o tempo todo’. Mas as duas frases sublinham de maneira muito significativa o aspecto em longo prazo do problema. Sem dúvida, é possível argumentar que, com o tempo, a psique coletiva desenvolverá opiniões que nos surpreenderão com frequência pelo seu caráter sumamente razoável e até pela sua perspicácia. No entanto, a história consiste em uma sucessão de situações de curto prazo que podem alterar para sempre o curso dos acontecimentos. Se em curto prazo é possível ‘enganar todas as pessoas’ e conduzi-las paulatinamente a algo que elas não querem e se esse não é um caso excepcional que possamos nos dar ao luxo de desconsiderar, nenhuma quantidade de bom senso retrospectivo alterará o fato de que, na realidade, elas não colocam nem decidem as questões, mas que as questões que plasmam o seu destino normalmente são colocadas e decididas em seu nome. Mais do que qualquer um, o amante da democracia tem todo motivo para aceitar esse fato e defender o seu credo contra caluniadores que o acusam de se estribar em uma trapaça”. SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Joseph E. Stiglitz. São Paulo: Unesp, 2017, p. 358.

<sup>118</sup> Termo de origem e postulados atribuídos a Susana Pozzolo. HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 72.

a respectiva concretude, mesmo diante das divergências e das omissões dos demais Poderes constituídos, inclusive promovendo as mediações institucionais necessárias para impor a efetividade que assegure a proteção aos direitos fundamentais e aos postulados do regular funcionamento do Estado, inclusive a lisura no acesso e no exercício do poder público em todas as dimensões políticas e administrativas<sup>119</sup>.

Na concepção de Konrad Hesse, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Sua existência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Aqui, devem ser contempladas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia das normas jurídicas somente será realizada se consideradas essas condições. Igualmente, deve ser contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas<sup>120</sup>.

A Constituição brasileira, após 35 anos, evoluiu no projeto civilizatório proposto? Sim e não. Para muitos, a resposta é positiva. Para a grande maioria, negativa<sup>121 122</sup>. Há tempos

---

<sup>119</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Democracia e risco**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 231: “o projeto do constitucionalismo democrático depende de mediações institucionais para a tomada de decisões coletivas e para a construção de uma esfera pública capaz de sujeitar o poder à prestação de contas diante dos fatos, evidências e argumentos. As noções de povo e soberania popular são filtradas e traduzidas num complexo edifício de procedimentos que buscam assegurar o autogoverno e a proteção das liberdades. Atos de governo dependem de autorização legal e estão sujeitos a camadas de controle jurídico”.

<sup>120</sup> HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14-15.

<sup>121</sup> Segundo o ativo constituinte, então Senador José Fogaça, “o carro da constituinte só tinha farol traseiro”. Resultou numa Constituição Poliédrica”. Senador pelo PMDB do Rio Grande do Sul, relator da Subcomissão do Poder Executivo e sub-relator da Comissão de Sistematização. CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: segredos da Constituinte**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 150.

<sup>122</sup> ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 363. O autor observa que presidencialismo de coalizão da Terceira República enfrenta uma grande instabilidade constitucional, que resultou em um número desconfortável de emendas modificativas. Como a realidade cotidiana é dinâmica, a Constituição, muito extensa, e a correlação social e política de forças varia bastante, surge a necessidade de emendar seguidamente a Constituição. Nos trinta anos de vigência da Carta de 1988, foram aprovadas 105 emendas, o que equivale a quase quatro emendas por ano. Esse constante processo de emenda reduz a fragilidade da Constituição, colocando-a no patamar da legislação ordinária, apenas com quórum mais qualificado para aprovação.

questiona-se a efetividade da Constituição brasileira, indicando-se o desvio do caminho originalmente estabelecido e o curso adotado já na primeira década de vigência<sup>123 124</sup>.

A contemporaneidade do arcabouço civilizatório do texto constitucional encanta qualquer leitor que observa os dispositivos, os quais reverenciam os mais avançados elementos caracterizadores de civilização humana, democrática e evoluída<sup>125</sup>. Ao confrontar o texto constitucional brasileiro com a realidade diante do objetivo de desenvolvimento civilizatório nele contido, percebe-se o caminho percorrido e a longa distância do mínimo de concretização desse objetivo no estágio atual, tanto no que diz respeito às garantias individuais e coletivas, quanto à disfuncionalidade na atuação dos órgãos estruturantes do Estado, especialmente no tocante ao acesso e ao exercício do poder.

Assim, a Constituição brasileira tem pretensões civilizacionais magníficas e modernas quanto aos fundamentos da nação, do Estado e, sobretudo, em relação aos direitos fundamentais e sociais. Contudo, a concretização constitucional pouco se materializou perto da pretensão estabelecida, criando um ambiente fértil para o ativismo judicial, exercido de forma crescente pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de impulsionar a concretude dos postulados constitucionais, mas sem o amparo da legitimidade democrática necessária, realidade que dificulta a aceitação dessa atividade, tanto no espectro dos demais atores políticos, quanto no âmbito privado da sociedade.

---

<sup>123</sup> SILVA, José Afonso da. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 35. Em 1998, o autor se manifestou: “Dever-se-ia este ano comemorar o décimo aniversário da Constituição de 1988, dita Constituição cidadã. Sem embargo, o que realmente se está a assistir são seus discretos funerais”.

<sup>124</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 77. O autor aduz já àquela época o que estaria em vias de suceder com a Constituição Federal 1988: “Embora a Constituição continue a fazer parte do mundo jurídico de forma material, ela se tornará ‘um corpo sem alma’. Todos nós, profissionais do direito, becados ou togados, continuaremos, por dever de ofício, a fazer de conta que vivemos num Estado constitucional. Mas nossas argumentações tomarão, fantásticamente, o aspecto de sábias dissecações anatômicas: serão análises de um cadáver. Assim como Hitler não precisou revogar a Constituição de Weimar para instituir o terrorismo nazista, bastou-lhe retirar toda a sua força interior”. E prossegue (p.78): “Se a ‘alma da polis’ está sendo lentamente executada, é importante que se saiba quem é esse assassino espiritual da Constituição. Para dizer a verdade, são vários. É o conjunto dos poderes da República, sem exceção alguma: o Executivo como autor principal, eficazmente acolitado pelo Congresso Nacional; os tribunais superiores, liderados pelo Supremo, com o acumpliamento do procurador-geral da República.” “Belo corpo de réus para o juízo final de um regime”.

<sup>125</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 3º – Objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; “Art. 5º – Direitos individuais: rol espetacular de proteção civilizatória ao indivíduo perante o Estado”; “Art. 6º – Direitos sociais: proteção relevante à coletividade, a indicar também elevado grau civilizatório”; “Art. 37 – Estado pautado pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”; “Art. 170 – Invoca expressamente a expressão “projeto civilizatório”, amplamente descrito nele e nos seguintes sucessivos dispositivos que vão da ordem econômica/social (art. 193), até o cuidado com crianças (art. 227) e idosos (art. 230), passando pela educação (art. 205), assistência social (art. 203), dentre muitos outros”.

Dentre os muitos possíveis aspectos prejudiciais à concretização da Constituição brasileira, destaca-se a disfuncionalidade das normas estruturantes do Estado, de acesso e de exercício do poder, decorrente do defeito de origem na elaboração do arcabouço institucional do Estado, por ter sido congressual a Assembleia Nacional Constituinte. Dentre estas disfuncionalidades está a previsão de controle concentrado de constitucionalidade junto à cumulação no Poder Judiciário da atividade jurisdicional com a de Tribunal Constitucional, a quem cabe verificar em abstrato a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Superar a dificuldade de concretização das avançadas normas constitucionais, relativas às garantias individuais e coletivas, demanda um consistente e coerente arcabouço institucional para o acesso e para o exercício do poder do intérprete constitucional, pois é desse exercício que decorre a necessária legitimação democrática para maior intervenção do Tribunal Constitucional como impulsionador da transformação em realidade dos direitos individuais e coletivos estabelecidos na Constituição. Igualmente, depende desse coerente arcabouço institucional, a necessidade de elevar-se, atualmente, a legitimidade democrática para a atuação ativa e criativa do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional.

## **2.6 O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial – limites e autocontenção**

A ampliação dos direitos individuais e sociais, sobretudo nas constituições dos Estados ocidentais contemporâneos, contribui para ampliar a intervenção do tribunal constitucional no cotidiano da sociedade, na medida em que estimula tal intervenção na tentativa de obter maior efetivação desses direitos, diante das eventuais inércias e impasses dos demais poderes.

Na atualidade, o tema da atuação proativa dos juízes, sobretudo os constitucionais, tem suscitado intenso debate público e acadêmico. Mais do que outrora, a respeito da extensão da atividade jurisdicional, em face da expansão relevante no âmbito social do espectro de atuação do Poder Judiciário, e sobretudo dos tribunais constitucionais, em temas antes afetos à esfera política, seja parlamentar na confecção legislativa, seja administrativa, impondo ou revendo condutas antes inseridas nas opções discricionárias do Poder Executivo.

Na condição de detentor da última palavra a respeito das normas constitucionais de natureza aberta e com efeito *erga omnes*, surge uma questão relevante a respeito da limitação do poder pelo poder. Isso ocorre porque o espectro amplo de possibilidades hermenêuticas permite ao juiz constitucional grande poder em impor à sociedade o seu ponto de vista. Assim, emerge a preocupação sobre quais mecanismos estariam à disposição do Legislativo e do

Executivo para servir de *check and balances* ao alargamento do poder do tribunal constitucional. Afinal, qualquer exercício de poder em um “Estado do Direito – *a government of laws and not of men* – exige que o exercício de poder esteja a salvo da discricionariedade de seu titular e submetido a regras objetivas e independe da sua vontade”<sup>126</sup>.

A proatividade judicial, sobretudo no âmbito da interpretação da norma constitucional, decorre da realidade de que essas normas indicam o núcleo essencial, princípios básicos e estruturantes referentes ao Estado e à vida social e econômica, cuja aplicabilidade em certo momento histórico demanda a consideração da realidade respectiva desse momento.

No que tange à teoria (proposta) de Montesquieu, a proeminência do Poder Judiciário, na época atual, é sentida de maneira bastante intensa – com exceção do modelo francês – servido de base à necessária remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes, no que se refere às relações entre estes<sup>127</sup>, pois o aplicador da lei pode negar-lhe a eficácia, alegando inconstitucionalidade, sob o enfoque subjetivo de suas convicções, diante do que considera solução justa para o caso. Assim, aplicar e julgar a lei ao mesmo tempo revela o risco de a lei somente ter eficácia “quando os seus comandos normativos venham ao encontro do pensamento do julgador, ampliando os meios de um eventual arbítrio da atividade jurisdicional.”<sup>128</sup>

É inevitável uma aproximação da Justiça Constitucional e a função legislativa, ainda que de maneira parcial e restritiva, como preconiza a teoria do legislador negativo. Essa vertente, contudo, é insuficiente e demanda uma discussão mais abrangente e profunda. As técnicas de decisão próprias da Justiça Constitucional, como a interpretação conforme a Constituição, as sentenças aditivas, manipulativas e interpretativas, além da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, são técnicas que abandonam por completo e abertamente o contexto do tribunal constitucional como legislador negativo<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Freios e contrapesos à Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 13, n. 44, p. 49-78, jul.-dez. 2019.

<sup>127</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 960.

<sup>128</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40-41.

<sup>129</sup> TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul.-set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70670>. Acesso em: 15 nov. 2024. “A esse propósito, Porras Ramírez chega a anunciar mesmo ‘uma tão significativa como ordinária função de legisladores positivos’ (PORRAS RAMÍREZ, 2010, p. 112-113). É preciso assimilar esta premissa para bem compreender essas técnicas, sem que isso importe em reconhecer uma área de atuação totalmente livre para a Justiça Constitucional, quer dizer, ainda que se pretenda falar de ‘legislador positivo’, não se deve pretender, com isso, tomar a função como exclusivamente política, de mero juízo de conveniência e oportunidade nas decisões assim proferidas. Em realidade, o que se forma a partir dessas técnicas é uma função que em muito se distancia daquela de legislador negativo e, em muitos casos, da função de legislador propriamente dita”.

Atualmente, costuma-se classificar os posicionamentos em disputa como “interpretacionismo” e “não interpretacionismo”. O primeiro afirma que os juízes, ao decidir questões constitucionais devem limitar-se à aplicação das normas expressas ou claramente implícitas na Constituição escrita. O segundo, por sua vez, adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento<sup>130</sup>.

Os questionamentos são de amplos setores da sociedade, desde a academia<sup>131</sup> até o jornalismo profissional, passando por políticos, partidos, além das manifestações individuais via mídias sociais, questionamentos esses calcados, sobretudo, na *ratio essendi* da própria atividade interpretativa de órgão estatal não eleito, e no tocante ao respeito institucional à separação de poderes, a qual estaria sendo vilipendiada pela atuação dos juízes constitucionais<sup>132</sup>.

Efetivamente, o cerne do tema vai além da dicotomia da criação judicial do direito, ou não, para ancorar no “*grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial”<sup>133</sup>. Afinal, o poder de interpretar traz consigo o poder para desvirtuar a vontade geral presumivelmente existente na lei<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3.

<sup>131</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. O tema foi objeto de profícuo estudo de Mauro Cappelletti, que estabelece como premissa “que maior e mais motivada consciência científica da expansão, ou melhor, da verdadeira e própria explosão, do papel da jurisprudência como fator de adaptação do direito às profundas transformações da nossa realidade social – transformações sem precedentes e ricas de conexões e convergências internacionais – pode conduzir a dúbia contribuição: por um lado, à superação de certos obstáculos, mentais e institucionais, que ainda hoje se opõem, no nosso país e em outros lugares, embora de forma mais tenaz na Itália do que alhures, à adequada absorção desse papel; e, por outro lado, à preservação de certas características essenciais da atividade judicial, sem as quais seria inevitável o risco de sua perigosa perversão”.

<sup>132</sup> Para aprofundar: GABRIEL, João. Deputados se unem a Senado e criticam interferência do STF em marco temporal, drogas e aborto. **Folha de S. Paulo**. 26 set. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/09/deputados-se-unem-a-senado-e-criticam-interferencia-do-stf-sobre-marco-temporal-drogas-e-aborto.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024. AGÊNCIA SENADO. **Plínio Valério acusa STF de invadir competência do Legislativo**. 07 fev. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/07/plinio-valerio-acusa-stf-de-invadir-competencia-do-legislativo>. Acesso em: 15 nov. 2024; MALCHER, Andrea. Pacheco critica decisão do STF sobre maconha: “Invadindo competência”. **Correio Braziliense**. 25 jun. 2024. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2024/06/6885288-pacheco-critica-decisao-do-stf-sobre-maconha-invadindo-competencia.html>. Acesso em: 15 nov. 2024; CNN BRASIL. **Partidos e frentes parlamentares repudiam STF por “contínua usurpação de competência”**. 26 set. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/partidos-e-frentes-parlamentares-repudiam-stf-por-continua-usurpacao-de-competencia/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>133</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 25.

<sup>134</sup> LINHARES, Emanuel Andrade; PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. Entre a bata e a toga: uma análise evolutiva do imaginário jurídico-social na atuação do magistrado. In: GANDA, Cláudio; SAYEG, Ricardo; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Estudos do Imaginário Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 61.

Todos esses aspectos – modos, limites e legitimidade – são de extrema importância, pois evidenciam o grau de intervenção criadora do juiz constitucional nas esferas teleologicamente próprias dos demais Poderes constituídos – Legislativo e Executivo<sup>135</sup>.

Por isso, mesmo no conceito de ativismo judicial aqui adotado, no sentido de ser oportuna atuação inovadora no ordenamento jurídico pelo intérprete constitucional, desde que presentes as condições necessárias à legitimação democrática, a proteção dos direitos fundamentais não serve de pretexto para o juiz constitucional extrapolar os limites de sua competência prevista na norma constitucional. Assim, a norma constitucional que define essas competências deve atuar como um critério para limitar a atuação do juiz constitucional<sup>136</sup>, sob pena de embasar a crítica fundada na invasão de competência dos demais Poderes.

A questão reside exatamente na complexidade em se estabelecer os limites dessa atuação criativa dentro do escopo de competência constitucional do tribunal constitucional. Não há regra específica para tanto. É cabível a sensibilidade institucional e política do intérprete constitucional, a respeito do contexto específico da aplicação concreta e inovadora da norma constitucional, no ambiente político e social, considerando as consequências tanto do resultado hermenêutico, quanto da própria atuação na controvérsia constitucional que lhe é posta, considerando a capacidade para análise completa e os efeitos sistêmicos do resultado hermenêutico, sobretudo nos casos de alta complexidade social e econômica. Isso porque, o

---

<sup>135</sup> Henrique Gonçalves indica dez sugestões elencadas por Jerold Waltman para efetivar o poder de equilíbrio com o intérprete constitucional: 1) poder de emendar a Constituição; 2) o *impeachment* dos juízes constitucionais; 4) retirar a competência da corte constitucional sobre determinadas matérias; 5) a “lei da reação antecipada”; 6) a falta de “poder de agenda” do tribunal constitucional; 7) a dependência da Suprema Corte das outras instituições para a eficácia das respectivas decisões; processo de escolhas dos magistrados; 9) modificação da idade de aposentadoria dos juízes constitucionais; e 10) modificação do *design* institucional. GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Freios e contrapesos à Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 13, n. 44, p. 49-78, jul.-dez. 2019.

<sup>136</sup> KUBOTA, Flavio Hiroshi. Normas de competência constitucional: limites à atuação do juiz constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 393-429, abr.-jun. 2012. “Em regra, não pode o Poder Judiciário brasileiro pronunciar-se sobre a conveniência e oportunidade de atos praticados por autoridade competente na prática de atos administrativos, ou seja, em relação ao mérito administrativo. Esse entendimento vem sendo flexibilizado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, possibilitando ao Judiciário adentrar no mérito administrativo, através da análise da razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, instrumento eficaz de controle dos atos do Poder Público. Entretanto, cabe ressaltar que a análise do mérito de políticas públicas pelo Poder Judiciário, através da análise da razoabilidade e proporcionalidade, também não deve resultar na usurpação de competências jurídico políticas destinadas aos demais Poderes. Não consta qualquer previsão expressa no texto constitucional para tal interferência, ainda que a pretexto de defesa da Constituição e de concretização dos direitos fundamentais. Verifica-se, portanto, que as normas de competência constitucional estabelecem limites quanto ao mérito da decisão judicial a ser prolatada pelo juiz constitucional. A liberdade interpretativa e as situações em que se aplica a discricionariedade judicial não devem resultar em exercício de competência destinada a outros Poderes, ou seja, em usurpação de competência de outros Poderes”.

juiz constitucional, em regra, tem menos aparelhamento público investigativo dos dados empíricos das consequências da decisão na sociedade do que outros órgãos estatais<sup>137</sup>.

Cabe ao tribunal constitucional, no caso brasileiro ao Supremo Tribunal Federal, considerar, para a atuação inovadora, a óptica do necessário reconhecimento da respectiva legitimação democrática na intervenção no ordenamento jurídico, na realidade social e no contexto político que lhe é solicitada. Isto porque, não necessariamente, o juiz constitucional tem capacidades institucionais deliberativas para corrigir a atuação legislativa, inclusive na atuação contramajoritária, na medida em que estão sujeitos às mesmas pressões externas que o Legislativo, embora com maior proteção para delas resistir<sup>138</sup>.

A essa consideração se associa a ideia de autocontenção do tribunal constitucional, pois cabe a ele identificar o âmbito de competência constitucional de sua atuação. Por isso, não considerando o tribunal constitucional as condições democráticas legitimadoras, aceitas pelos demais poderes e pela sociedade para a respectiva atuação inovadora, haverá comprometimento da aceitação do resultado hermenêutico, resistência essa que, muitas vezes, impõe o recuo na própria atuação do tribunal. Foi o que ocorreu, por exemplo, na análise pelo Supremo Tribunal Federal de possível autorização constitucional para a realização legal do aborto, além das hipóteses já previstas. Após o início, o julgamento foi suspenso (ADPF 442), em decorrência da forte reação social e política avessa à decisão proposta pela então juíza constitucional responsável pela controvérsia constitucional, Ministra Rosa Weber.

Não há conceituação unânime a respeito do que consistiria em autocontenção do tribunal constitucional, sendo comumente adotada, conforme explica Marina Faraco, para “designar um dever de intervenção judicial mínima (*judicial minimalism*), orientado pelos casos de manifesta violação às regras constitucionais”<sup>139</sup>.

Nesse sentido, poder-se-ia considerar a autocontenção como oposição simétrica ao ativismo judicial. Contudo, revela-se mais adequada a intercambialidade visando o equilíbrio

<sup>137</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 97.

<sup>138</sup> “O estudo [de Paul Yowell] concluiu que as cortes constitucionais não possuem maiores capacidades institucionais deliberativas para as correções de erros morais do que o Legislativo, sob o signo da teoria contramajoritária da revisão judicial. Ambas as instituições praticaram erros históricos nessa temática. As deliberações judiciais das cortes constitucionais são realizadas em grande parte da mesma forma que as deliberações legislativas, isto é, por maioria de votos. As cortes constitucionais estão submetidas às mesmas pressões externas que os legisladores e não há garantia de que as decisões judiciais serão guiadas pela razão. Em algumas ocasiões, as deliberações dos juízes constitucionais são inclusive estratégicas”. Paul Yowell *apud* HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 139-140.

<sup>139</sup> FARACO, Marina. Deixando de lado o 'ativismo' e a 'autocontenção' judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. **Revista do Advogado**, v. 1, p. 147-155, 2018.

entre a necessidade de intervenção progressista do tribunal constitucional, com a igual necessidade de limitar-se para agir interventivamente, somente em situações de contrariedade patente às normas constitucionais, evitando a intervenção corriqueira no ordenamento jurídico. Significa dizer, não intervir em tudo ou com frequência, mas quando intervir, agir com maior liberdade na concreção da norma constitucional, desde que fundada decisão em argumentação racional e presentes o ambiente institucional, o adequado rito procedimental e os elementos subjetivos do intérprete, aspectos esses assecuratórios da legitimação democrática do resultado hermenêutico.

Mesmo os que defendem o ativismo judicial como uma evolução da própria funcionalidade e eficácia do direito na sociedade contemporânea, propõem limites claros para essa atuação expansiva. Esses limites estariam estabelecidos na argumentação jurídica própria e suficiente, decorrente da interpretação da Constituição, mediante a adoção de procedimentos jurídicos adequados<sup>140</sup>. Trata-se de uma resposta à controvérsia constitucional, sem a consideração de critérios de oportunidade e conveniência, próprias da esfera política, ou, ainda, quando necessária regulamentação detalhada para a eficácia da norma constitucional, a qual cabe ao legislador e ao administrador promover em melhores condições para tanto<sup>141</sup>.

A óptica dos limites para o ativismo judicial ou a necessidade de autocontenção merece considerar a peculiaridade de que alguns impasses políticos no âmbito dos demais poderes estimulam a transferência intencional do processo decisório desses impasses ao tribunal constitucional, com certo grau de aquiescência desses poderes, em especial da classe política, que possui melhor interlocução com o tribunal, o que traz à reflexão a eficácia e a validade da separação de poderes nos moldes originais, nessas situações contraditórias com o reclamo de extrapolação de competência pelo intérprete constitucional<sup>142</sup>.

Isso ocorre, por exemplo, quando minorias parlamentares ou partidos menores provocam o tribunal constitucional com o objetivo de obter o resultado político inviável na seara parlamentar; quando o Executivo provoca o tribunal para obter autorização para executar

---

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6. “a visão correta, creio, é a de que os juizes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial.”

<sup>141</sup> VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. v. I. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 191.

<sup>142</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A., 2020. “Inclusive, um nível tão alto de politização da jurisprudência tal como ocorrido nesses países não poderia ter se desenvolvido sem o apoio das elites políticas locais. Como vimos anteriormente, o fortalecimento do judiciário, por meio da constitucionalização de direitos, a correspondente transferência do poder de formulação de políticas públicas dos poderes legislativos e executivo para os tribunais podem se converter em opção atraente para as elites que desfrutem de acesso e influência sobre os tribunais”.

políticas públicas não autorizadas pelo Parlamento ou para afastar o dever de cumprimento quando determinadas pelo Legislativo, sem a respectiva concordância.

Assim, muitas vezes, o tribunal constitucional serve como instrumento das minorias políticas e sociais para obter pretensões de natureza política como se fossem direitos, evidenciando mais críticas e de tensionamento a respeito da violação à separação de poderes. Essa tensão aumenta especialmente quando a atuação do tribunal constitucional ocorre no âmbito das questões relativas a costumes, pois envolvem grande controvérsia social, como ocorre nos debates envolvendo os aspectos constitucionais do aborto e da união homoafetiva.

Nessas situações de instrumentalização política, convém seja adotada a ideia de autocontenção, a fim de evitar a manipulação política do tribunal constitucional ou sua inserção na arena das disputas próprias da política representativa inerentes ao Legislativo e ao Executivo.

A ideia de limitação substancial mediante autocontenção dos juízes, contudo, não assegura impedir a atuação arbitrária na atuação criativa do tribunal constitucional. Por isso, necessária seja associada à intenção de autocontenção o dever de fundamentação em argumentos racionais, com respeito mínimo aos significados semânticos possíveis da norma constitucional. Não cabe ignorá-los completamente, pois, ater-se ao significado semântico possível é elemento essencial para a argumentação racional com validade jurídica<sup>143</sup>, sob pena de inserir no sistema jurídico outro direito não positivado em oposição ao contido nas normas constitucionais, possibilidade incompatível com a segurança jurídica a ser fornecida pela Constituição e socialmente almejada<sup>144</sup>.

Pietro Alarcón observa que “tal independência não pode ser considerada absoluta. Com efeito, até os nossos dias o juiz está permanentemente sujeito ao princípio da supremacia constitucional e sua interpretação para a aplicação do Direito deve ter como referência o texto normativo legal”<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 26. “criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente ‘direito livre’, no sentido de ser arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta”.

<sup>144</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 51. “pode-se falar de uma avaliação política e moral do direito aplicável; mas um sistema de direito, que além do direito positivo, contenha ainda outro direito, que não necessite de positivação, faria prever um direito de oposição contra o direito positivo, possibilidade que compreensivelmente nos intimida – aliás, só não intimida os extremistas”.

<sup>145</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e direito público**. 5. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 237.

Por outro lado, a eficácia da autocontenção esbarra na transferência ao subjetivo do juiz constitucional a intenção ou o dever de aplicá-la e quando aplicá-la, ocasionando ceticismo quanto a essa forma de evitar prejuízo à legitimação democrática do ativismo judicial<sup>146</sup>.

Para concretizar certos direitos fundamentais pelo tribunal constitucional possui capacidade limitada de promover noções progressistas de justiça distributiva em áreas como emprego, saúde, moradia e educação, por serem áreas a exigir maior intervenção do Estado com elevação dos gastos públicos e redistribuição de riqueza, cujo conhecimento específico não se insere na expertise própria do intérprete constitucional. No entanto, no que diz respeito às liberdades negativas, especialmente aquelas associadas à proteção da privacidade e da autonomia pessoal, da igualdade formal, da livre iniciativa, da liberdade de ir e vir e da propriedade – todas exigem que o Estado se abstenha de interferir nas esferas humana e econômica privadas – a atuação do tribunal constitucional, na concretude desses direitos fundamentais, tende a ser mais eficaz na promoção de mudança na realidade social<sup>147</sup>.

Na prática, a inexistência de limites à atuação criadora dos juízes constitucionais fica evidente diante da comum intervenção em políticas públicas, inclusive com determinações diretas para a atuação correspondente ao entendimento judicial de como essas políticas públicas devem ser conduzidas nas esferas federal, estaduais ou municipais<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150. “pode-se pensar que a atividade judicial a partir das mais diversas teorias que buscam justificar a atuação jurisdicional (o procedimentalismo de Ely, a escuta das minorias de Fiss ou o minimalismo de Sustain). Porém, não há razões para acreditar que os juízes vão atuar coletivamente de acordo com as formas recomendadas. Isso acontece devido à falta de incentivos institucionais que levam os juízes a se comportarem da maneira proposta. Ou seja, a questão fundamental é ‘Por que os juízes renunciariam aos seus poderes e agiriam de acordo com as propostas dos acadêmicos?’ É por essa razão que os democratas-deliberativos se posicionam de forma muito crítica e cética em relação ao controle de constitucionalidade. Essa situação persistirá enquanto se mantiver a ideia de supremacia judicial; enquanto não houver reformas institucionais destinadas a motivar os juízes a tomar decisões mais compatíveis com os fins da democracia deliberativa; e enquanto o sistema institucional não se reorganizar de forma a estabelecer e privilegiar o estabelecimento de um diálogo genuíno e equitativo entre as diferentes esferas de Poder e entre estas e a população”.

<sup>147</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A., 2020.

<sup>148</sup> Por exemplo: a) saneamento básico: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo declara validade do Novo Marco Legal do Saneamento**. 02 dez. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=477666&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024; b) vacinação: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional**. 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF mantém obrigatoriedade de comprovar vacinação contra covid-19 para matrícula em escolas de SC**. 13 mar. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=529510&ori=1#:~:text=STF%20mant%C3%A9m%20obrigatoriedade%20de%20comprovar,concedida%20pelo%20ministro%20Cristiano%20Zanin>. Acesso em: 15 nov. 2024; c) internação compulsória: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional**. 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024;

À medida que aumenta a influência e a participação direta do tribunal constitucional em temas de natureza política, inclusive de alocação de recursos e ações de políticas públicas, cresce também o interesse de atuação dos agentes dos demais poderes na composição e no funcionamento do tribunal constitucional, a fim de influenciar na escolha dos respectivos membros e nos procedimentos de funcionamento. Soma-se a realidade que o resultado da atuação política do tribunal constitucional, decorrente da acumulação objetiva de poderes via ativismo judicial quando da interpretação da Constituição<sup>149</sup>, pode não traduzir a opção política-ideológica dos que atuam nos demais Poderes e dos respectivos eleitores, gerando mais impasses e instabilidade institucional, sob a alegação de quebra do equilíbrio entre os Poderes<sup>150</sup>, com prejuízo à própria funcionalidade da atuação do Estado.

Isso ocorre porque, quando questões políticas polêmicas são transformadas em questões jurídicas, os cidadãos não têm a oportunidade de interferir nos resultados das políticas públicas e são excluídos da obtenção, ainda que pelo embate político, de soluções mutuamente aceitáveis para os problemas que dividem a sociedade. O prejuízo para a legitimação democrática decorre da realidade de que o debate político é pautado no ambiente jurídico e não pela discussão pública aberta, cujos limites são definidos pelo povo e seus representantes. Em outras palavras,

---

d) segurança pública: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF esclarece limites para operações policiais em comunidades do RJ durante pandemia**. 03 fev. 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481169&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024; e)

parâmetros gerais da atuação judicial nas políticas públicas: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF define parâmetros para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas**. 10 jul. 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510329&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024;

PENHA, Carlos; LEMOS, Laís. O Supremo Tribunal Federal e a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas: uma análise da (in)viabilidade jurídica da tese de Repercussão Geral fixada no Tema 698. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, 11(11), p. 1370-1386, 2024. Disponível em:

<https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/3199>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>149</sup> DWORIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4. Evidenciando a relevância da questão no âmbito internacional, o autor acrescenta: “Há uma resposta convencional para minha questão, pelo menos na Grã-Bretanha. Os juízes não devem tomar suas decisões baseando-se em fundamentos políticos. Essa é a visão de quase todos os juízes, advogados, juristas e professores. Alguns juristas acadêmicos, porém, que se consideram críticos da prática judicial britânica, afirmam que os juízes efetivamente tomam decisões políticas, apesar do entendimento estabelecido de que não deveriam fazê-lo. J.A.G. Griffiths, da London School of Economics, por exemplo, no polêmico livro *The Politics of the Judiciary*, afirmou que muitas decisões recentes da Câmara dos Lordes eram decisões políticas, embora esse tribunal se esforçasse para dar a impressão de que as decisões eram tomadas com base em fundamentos jurídicos técnicos, não em fundamentos políticos”.

<sup>150</sup> Atualmente, percebe-se que o Judiciário se torna um “filho rebelde”, livrando-se das amarras e limites estabelecidos pela lei, interferindo diretamente sobre as políticas públicas e adotando uma postura francamente monogênica, fazendo o direito literalmente brotar de seus julgados. Da condição de filho, passa à de pai, tornando-se o tutor de uma “sociedade órfã”, assumindo uma feição fortemente dirigista, fazendo as vezes do imperador ou do sacerdote, coroando a si mesmo, como fizera Napoleão. Investe a si mesmo na condição de guardião da verdadeira moral e do espírito da Constituição. LINHARES, Emanuel Andrade; PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. Entre a bata e a toga: uma análise evolutiva do imaginário jurídico-social na atuação do magistrado. In: GANDA, Cláudio; SAYEG, Ricardo; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Estudos do Imaginário Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71.

a transferência de questões fundamentais da identidade coletiva da esfera política para o tribunal constitucional favorece aos setores da sociedade que possuem melhor acesso e influência sobre o sistema jurídico, privilegiando os juristas em detrimento da população. Essa transferência representa o afastamento da responsabilidade política e do poder dos representantes eleitos para adotar decisões pelas quais são responsáveis perante seus eleitores<sup>151</sup>.

Nesse aspecto, Carl Schmitt “anteviu, de certo modo, a supremacia da jurisdição constitucional perante os demais Poderes do Estado<sup>152</sup>.”

---

<sup>151</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A., 2020.

<sup>152</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

### 3 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Diante da crescente participação do tribunal constitucional na realidade sociopolítica de muitos países, inclusive do Brasil, a legitimação dessa atuação judicial alcançou contornos de debate público, muito além das esferas acadêmicas – jurídica ou da ciência política – permeando diversos espectros da sociedade, seja da classe política *lato sensu*, seja da mídia profissional. Esta última, inclusive, há mais de 20 anos já fazia referência à “politização das sentenças”<sup>153</sup>. Para além disso, abrange as pessoas em geral, via mídias sociais<sup>154</sup>. Os questionamentos são de amplos setores da sociedade<sup>155</sup> calcados, sobretudo, na *ratio essendi* da própria atividade interpretativa de órgão estatal não eleito, e no tocante ao respeito institucional à separação de poderes, a qual estaria sendo vilipendiada pela atuação dos juízes constitucionais<sup>156</sup>.

A expansão da atividade do tribunal constitucional nas esferas outrora restritas à política (Parlamento) e à administração pública (Executivo) tem gerado críticas contínuas e crescentes, à medida que essa participação aumenta, inclusive fora do Brasil. Um exemplo trazido por Fernando Batista é o posicionamento de Jeremy Waldron em *The Core of The Case Against Judicial Review*, artigo publicado no *The Yale Law Journal*, no qual sustenta a ideia de que não

<sup>153</sup> Vide coluna do jornalista Antônio Machado no **Correio Braziliense**, de 20 de agosto de 2003, “A Justiça que atrapalha”.

<sup>154</sup> Vide, por exemplo, as seguintes manifestações: CNN BRASIL. “**Musk x Moraes: 68% das menções nas redes foram críticas ao STF, diz Quaest; 32% criticam dono do X**”. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/msk-x-moraes-68-das-mencoes-nas-redes-foram-criticas-ao-stf-diz-quaest/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>155</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. Este tema foi objeto de profícuo estudo de Mauro Cappelletti, que estabelece como premissa “que maior e mais motivada consciência científica da expansão, ou melhor, da verdadeira e própria explosão, do papel da jurisprudência como fator de adaptação do direito às profundas transformações da nossa realidade social – transformações sem precedentes e ricas de conexões e convergências internacionais – pode conduzir à dúplice contribuição: por um lado, à superação de certos obstáculos, mentais e institucionais, que ainda hoje se opõem, no nosso país e em outros lugares, embora de forma mais tenaz na Itália do que alhures, à adequada absorção desse papel; e, por outro lado, à preservação de certas características essenciais da atividade judicial, sem as quais seria inevitável o risco de sua perigosa perversão”.

<sup>156</sup> Para aprofundar o assunto: GABRIEL, João. Deputados se unem a Senado e criticam interferência do STF em marco temporal, drogas e aborto. **Folha de S. Paulo**. 26 set. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/09/deputados-se-unem-a-senado-e-criticam-interferencia-do-stf-sobre-marco-temporal-drogas-e-aborto.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024; AGÊNCIA SENADO. **Plínio Valério acusa STF de invadir competência do Legislativo**. 07 fev. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/07/plinio-valerio-acusa-stf-de-invadir-competencia-do-legislativo>. Acesso em: 15 nov. 2024; MALCHER, Andrea. Pacheco critica decisão do STF sobre maconha: “Invadindo competência”. **Correio Braziliense**. 25 jun. 2024. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2024/06/6885288-pacheco-critica-decisao-do-stf-sobre-maconha-invadindo-competencia.html>. Acesso em: 15 nov. 2024; CNN BRASIL. **Partidos e frentes parlamentares repudiam STF por “contínua usurpação de competência”**. 26 set. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/partidos-e-frentes-parlamentares-repudiam-stf-por-continua-usurpacao-de-competencia/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

há razoabilidade na afirmação de que os direitos individuais ou fundamentais teriam maior proteção no âmbito do Judiciário do que nas arenas políticas. Independentemente do resultado alcançado pelos juízes, Jeremy Waldron considera essa atuação democraticamente ilegítima<sup>157</sup>.

Efetivamente, o cerne do tema vai além da dicotomia da criação judicial do direito, ou não, para ancorar no “*grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial*”<sup>158</sup>. Todos esses aspectos – modos, limites e legitimidade – são de extrema importância, pois evidenciam o grau de intervenção criadora do juiz constitucional nas esferas teleologicamente próprias dos demais Poderes constituídos (Legislativo e Executivo).

A legitimação da crescente atuação da revisão judicial sobre aspectos políticos e administrativos se atrela tanto à origem de separação dos poderes<sup>159</sup>, quanto à legitimação democrática do órgão estatal que a exerce, um aspecto geralmente relegado ao plano secundário.

Na condição de detentor da última palavra a respeito das normas constitucionais de natureza aberta e com efeito *erga omnes*, surge uma questão relevante sobre a limitação do poder pelo poder. Isso ocorre porque, o espectro amplo de possibilidades hermenêuticas permite ao juiz constitucional grande poder em impor à sociedade o seu ponto de vista. Assim, emerge a preocupação sobre quais mecanismos estariam à disposição do Legislativo e do Executivo para servir de *check and balances* ao alargamento do poder do tribunal constitucional. Afinal, qualquer exercício de poder em um “Estado do Direito – *a government of laws and not of men* – exige que o exercício de poder esteja a salvo da discricionariedade de seu titular e submetido a regras objetivas e independe da sua vontade”<sup>160</sup>.

A crítica, em geral, abrange dois aspectos: prejuízo à soberania do Parlamento e afetação da separação de poderes<sup>161</sup>. A competência do Supremo Tribunal Federal na atuação

<sup>157</sup> BATISTA, Fernando Natal. A jurisdição constitucional e o papel das cortes supremas nas democracias. **IDP – Law Review**, v. I, n. I, 2021, p. 116.

<sup>158</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 25.

<sup>159</sup> No que tange à teoria proposta por Montesquieu, a proeminência do Poder Judiciário, na época atual, é sentida de maneira bastante intensa – com exceção do modelo francês – servindo de base à necessária remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes no que se refere às relações entre estes.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 960.

<sup>160</sup> GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Freios e contrapesos à Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 13, n. 44, p. 49-78, jul.-dez. 2019.

<sup>161</sup> FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 24.

“À primeira objeção, após ter observado ‘que não pode tratar-se da soberania de um órgão estatal especial, a soberania pertencente no máximo à própria ordem estatal’, Kelsen responde que a ‘legislação é inteiramente subordinada à Constituição, como a justiça e a administração o são à legislação’, e se, ‘contrariando essa visão, continuarmos afirmando a incompatibilidade da justiça constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar –

como tribunal constitucional tem suscitado profícuo debate sobre o rompimento do cânone constitucional da separação de poderes. Diante dessa realidade, o questionamento sobre a existência atual dos limites historicamente considerados entre os Poderes do Estado se elevou a ponto de permitir alusão à possibilidade de surgimento de nova forma de governo: a juristocracia<sup>162</sup>.

No tocante ao primeiro, rebate-se com a assertiva de que as leis são sujeitas à Constituição e, por isso, o poder político expresso na atividade parlamentar também se subordina às normas constitucionais. Como consequência dessa realidade, ocorre o controle de constitucionalidade das normas pelo tribunal constitucional. Todavia, no sistema brasileiro, tem-se a possibilidade de todos os atos normativos federais e estaduais, e do poder público em geral, estarem sujeitos à verificação objetiva de compatibilidade com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que irrelevantes para o contexto abrangente do país, como tem ocorrido na práxis do Tribunal<sup>163</sup>.

Atualmente, costuma-se classificar os posicionamentos em disputa como “interpretacionismo” e “não interpretacionismo”. O primeiro afirma que os juízes, ao decidir questões constitucionais, devem limitar-se à aplicação das normas expressas ou claramente implícitas na Constituição escrita. O segundo, por sua vez, adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento<sup>164</sup>.

Geralmente, a atuação da jurisdição constitucional se resume a procedimentalismo ou substancialismo<sup>165</sup>. No primeiro caso<sup>166</sup>, a atuação seria restrita à atuação correicional visando a proteção procedimental da forma democrática na elaboração do direito positivo, sem adentrar

---

em patente contradição com o direito positivo – limitar pelas normas da Constituição. À segunda objeção, sabemos que Kelsen opõe sua célebre teoria do ‘legislador negativo’, segundo a qual certamente ‘anular uma lei é impor uma norma geral’, todavia a diferença essencial entre a confecção e a simples anulação das leis é que a ‘livre criação’, que caracteriza a primeira, falta à segunda, pois diferente da atividade do legislador (positivo), ‘a atividade do legislador negativo, na jurisdição constitucional, é totalmente determinada pela Constituição’.”

<sup>162</sup> HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A., 2020.

<sup>163</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Ações Diretas de Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/1999: caráter concreto, critério de relevância, omissão inconstitucional e ativismo. In: **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 322.

<sup>164</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3.

<sup>165</sup> “Conclui o citado autor [Gustavo Binenbojm] – e este é o vértice da questão – que neste espaço se situa o *locus* de atuação da jurisdição constitucional: a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e política dos cidadãos, condições da gênese democrática das leis”. Gustavo Binenbojm (2004) *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013.

<sup>166</sup> Nas quais se incluíam Peter Habermas e John Ely.

na efetivação dos direitos substanciais inseridos no texto constitucional, salvo em situações excepcionais, a fim de garantir as condições existenciais mínimas dos cidadãos para que possam participar efetiva e legitimamente na produção do direito positivo, mediante os procedimentos democráticos dessa participação, previstos na Constituição. Ou seja, para garantir a liberdade e a legitimidade dessa participação, seria possível explorar os valores substanciais das normas constitucionais para dar-lhes eficácia, de forma excepcional.

No segundo caso<sup>167</sup>, a jurisdição constitucional estaria habilitada a concretizar as normas constitucionais valorativas, ainda que implícitas no texto e contrárias à maioria política e social momentâneas. Mais do que limitar a atuação do legislador e do administrador público, a jurisdição constitucional estaria apta a impor à nação os valores e projetos estabelecidos na Constituição por meio da respectiva atuação, pois considera-se a Constituição elemento determinante do agir do Estado, em decorrência de ser a exteriorização do pacto social da nação, atualizado pela hermenêutica constitucional<sup>168</sup>. Nesse sentido, para essa corrente, quanto mais instrumentos processuais para permitir a intervenção do intérprete constitucional melhor seria a eficácia e concretização da Constituição.

A segunda crítica é, geralmente, respondida pela teoria do legislador negativo de Hans Kelsen, pela qual o afastamento de norma inconstitucional decorre da própria eficácia da Constituição que subordina todos os Poderes constituídos. Assim, a separação entre eles não é afetada quando a atuação de qualquer um é trazida à conformidade com as normas constitucionais pelo órgão responsável para tanto, no caso, o tribunal constitucional. Essa atuação – legislador negativo – já é bem aceita, em geral<sup>169</sup>, porque é inevitável uma aproximação da Justiça Constitucional e a função legislativa, ainda que de maneira parcial e restritiva, como preconiza a teoria do legislador negativo.

<sup>167</sup> Nas quais se incluíam Mauro Capelletti, Bruce Ackerman, Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Fábio Konder Comparato, Eros Grau e Lenio Luiz Streck *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013.

<sup>168</sup> “Isto é, a Constituição não é o topo de uma pirâmide de normas à moda do normativismo kelseniano, mas sim o centro unificador de todo o sistema jurídico, base da antecipação de sentido presente no círculo hermenêutico”. Lenio Streck (2004) *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A Jurisdição Constitucional para além do mito do Legislador Negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013.

<sup>169</sup> André Ramos Tavares enfatiza: “a questão da legitimidade da jurisdição constitucional e com ela do Tribunal Constitucional como órgão máximo a exercê-lo, perdeu muito de seu caráter controverso. Assume maior relevância, hoje, a questão do sentido, alcance, extensão e limites da justiça constitucional”. PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno; RAIS, Diogo. Críticas à morfologia subjetiva do Tribunal Constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano, n. 12, out.-dez. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65604>. Acesso em: 1 mar. 2018.

Quando, todavia, se trata de atuação inovadora do ordenamento jurídico em atuação progressista para fazer valer a Constituição, enfoque do ativismo judicial aqui adotado, a crítica é mais relevante e contundente, em face da aparente violação da separação das atividades entre os Poderes. É contundente na seara política, mas presente no âmbito da administração pública, quando essa atuação influencia na esfera das opções de gestão das políticas públicas. As técnicas de decisão próprias do tribunal constitucional, como a interpretação conforme a Constituição, as sentenças aditivas, manipulativas e interpretativas, além da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, abandonam por completo e abertamente o contexto no qual se falava de um mero “legislador negativo”<sup>170</sup>.

De qualquer forma, a expansão do ativismo judicial e a relevância dessa crítica evidencia maior acuidade e força quando o tribunal constitucional se confunde e se integra ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, como ocorre no Brasil. Isso porque, a limitação e a eventual substituição do poder parlamentar, em decorrência da atuação como legislador positivo do tribunal constitucional, encontram amparo substancial na crítica de invasão de competência de um poder na esfera do outro – Judiciário na esfera do Legislativo, quando se tratar de produção de norma, ou do Executivo, quando se tratar de imposição de condutas relacionadas às políticas públicas.

Daí a importância da defesa de que a jurisdição constitucional se mantenha fora da estrutura e da esfera funcional de qualquer um dos Poderes estatais, compatibilizando a atuação do tribunal constitucional com a função de assegurar que os Poderes constituídos operem nos limites estabelecidos pela Constituição<sup>171</sup>, tal como ocorre na quase totalidade dos países que adotam o sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

A exclusividade de atuação do tribunal constitucional desvinculada a qualquer dos poderes é elemento relevante para conferir a legitimação democrática, desestimuladora da noção de superioridade do Poder Judiciário em relação aos demais e, com isso, minimizar reações legislativas do Parlamento, contra a jurisprudência do tribunal constitucional. Isso acontece, na medida em que, embora as decisões de controle de constitucionalidade não o vinculem para alterá-la via normas ou emendas à Constituição, não haveria o argumento de invasão de competência por parte do Poder Judiciário na esfera legislativa<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul.-set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70670>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>171</sup> FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 25.

<sup>172</sup> “ainda que o STF pronuncie a ‘última palavra’ sobre a Constituição, Michael Perry considera, ainda, o Legislativo como principal limite do Tribunal Constitucional. Sabe-se que as decisões do STF, em controle

A legitimação democrática do Parlamento e do Poder Executivo decorre diretamente da delegação popular via voto. A legitimação do Judiciário, por sua vez, decorreria indiretamente da forma de escolha e da aprovação de seus membros, por aqueles que foram eleitos e, por isso, estenderiam a legitimação aos juízes que exerceriam o controle de constitucionalidade das normas e dos atos estatais.

No entanto, essa legitimação indireta dos membros do Poder Judiciário é insuficiente para afastar as críticas à necessária legitimação democrática para a atuação dos juízes no controle irrestrito das normas e atos públicos produzidos nas esferas política e administrativa. Mesmo que fosse possível argumentar em defesa dessa legitimação indireta, não haveria fundamento qualquer de legitimação democrática que justificasse a superioridade institucional do Poder Judiciário, em detrimento dos demais. Além disso, no caso brasileiro, igualmente não estariam presentes os elementos estruturais configuradores da legitimação democrática do tribunal constitucional, presentes em quase todos os tribunais similares, como a origem diversificada e a forma de escolha dos membros, além do tempo de permanência na função (mandato), e no *modus operandi* do funcionamento do tribunal, todos aspectos diversos do arcabouço institucional e procedimental do Supremo Tribunal Federal.

As perspectivas no debate a respeito da legitimação da jurisdição constitucional são consideradas, ao menos, nos aspectos formais, materiais das normas<sup>173</sup>. Os formais são normas estipuladoras dos direitos e deveres, enquanto as procedimentais aludem aos métodos para decidir a respeito do conteúdo das normas materiais.

Sob a óptica procedimental, a jurisdição constitucional tem como fundamento legítimo apenas a garantia de equidade dos métodos necessários à participação democrática no processo de decisão, inclusive das minorias, “sem que haja qualquer restrição ao conteúdo substancial

---

concentrado, não vinculam o Poder Legislativo, mas tão somente os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública. Assim, o Congresso Nacional pode promulgar lei em sentido contrário às decisões *erga omnes* e vinculantes do STF, mediante sanção presidencial; todavia, se, porventura, tal limite não for manejado com sobriedade, poderá gerar uma ‘guerra’ entre os poderes”. PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno; RAIS, Diogo. Críticas à morfologia subjetiva do Tribunal Constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano, n. 12, out.-dez. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65604>. Acesso em: 1 mar. 2018.

<sup>173</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 140. “A distinção entre legitimidade formal e legitimidade material está fundamentada na distinção entre normas substanciais e normas procedimentais. As normas substanciais, ou primárias, estabelecem direitos e deveres aos cidadãos, ao passo que as normas procedimentais, ou secundárias, estipulam os métodos, ou procedimentos, a serem utilizados para se decidir quanto ao conteúdo das normas substanciais (primárias)”.

do resultado produzido, ressalvados aqueles exigidos pela própria noção de democracia com procedimento”<sup>174</sup>.

Basicamente, a legitimidade material ou substancial se associa a critérios de bom e justo, que fazem com que um dado ordenamento político mereça reconhecimento, ou seja, valoriza o resultado da interpretação, ao invés apenas da fonte autorizada a realizá-la: “Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido”<sup>175</sup>. Nesse sentido, a importância da legitimação enquanto fundamento de validade estatal decorre do reconhecimento factual de sua necessidade para a estabilidade de um ordenamento político<sup>176</sup>.

É necessária, ainda, a adequação procedimental para configurar atividade legitimadora, ainda que se considere que a legalidade seria elemento suficiente para configurá-la, porque o ordenamento jurídico, em si, justificaria a legitimação, pois a sua validade prescindiria de elementos metajurídicos<sup>177</sup>. Nessa perspectiva, a estrutura e o fundamento do poder político se assentam sobre um critério de legitimação puramente jurídico ou procedimental.

Contudo, considerada essa visão positivista de autorreferência legitimadora do ordenamento jurídico, a necessidade da adequação procedimental para a legitimação democrática é ainda mais imperiosa, pois a estrutura lógica interna do ordenamento jurídico só se justifica, mesmo por seus próprios fundamentos, se presentes os elementos que asseguram a finalidade da proteção constitucional ao Estado Democrático de Direito, o qual não se coaduna com a mera legalidade formal para justificar a legitimidade democrática<sup>178</sup>. Assim, a autorreferência legitimadora do ordenamento jurídico tem como pressuposto a legitimação procedimental interna, por ser requisito validador da conformação do ordenamento jurídico com o Estado Democrático de Direito, sem a qual o ordenamento jurídico não inaugura validamente sua própria atividade e a respectiva autovalidação, decorrente da autorreferência.

---

<sup>174</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 140-141.

<sup>175</sup> HABERMAS, Jürgen. **Identidades nacionais y postnacionales**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 219.

<sup>176</sup> DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001, p. 105.

<sup>177</sup> “na esteira de Weber, o normativismo lógico de Hans Kelsen”, o qual estabelece “estreita e unívoca associação de legitimidade com legalidade. A legitimidade do ordenamento positivo residiria na efetividade de sua estrutura lógica autojustificadora, isenta de quaisquer elementos metajurídicos”. DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001, p. 100.

<sup>178</sup> “A legitimidade substantiva da jurisdição constitucional se baseia no fato de que as prescrições substanciais fundamentais previstas na Constituição podem ser desafiadas por leis posteriores e, dentre outras funções, a jurisdição constitucional deve proteger e preservar àqueles preceitos constitucionais fundamentais ameaçados, ou mesmo violados, pelas maiorias circunstanciais”. HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 140-141.

Assim, a legitimidade da atuação do tribunal constitucional está diretamente ligada à fórmula democrática pela qual esse órgão é composto, à “fórmula procedimental”<sup>179</sup> de seu funcionamento, e, igualmente, pela natureza substancial das decisões proferidas, cuja consequência consiste em favorecer a aceitação pela sociedade das decisões oriundas do tribunal, ainda que contrárias aos interesses de parte significativa dela.

Ambas as referências legitimadoras – material e substancial – se complementam, pois as normas constitucionais, ainda que procedimentais, necessitam ser interpretadas sob algum enfoque material para conferir-lhe sentido na concreção dos direitos e garantias constitucionais, apesar das diferenças serem decorrentes “de concepções distintas de democracia, que refletem no próprio entendimento sobre o que é a Constituição e em última análise, no papel e no fundamento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional”<sup>180</sup>.

Igualmente, a legitimação democrática do tribunal constitucional demanda atenção aos aspectos de conformação institucional, inclusive da escolha dos membros e funcionamento procedimental adequado, pois, a depender dessa realidade, não se pode conferir à atuação do órgão judiciário a feição de tribunal constitucional, na forma como preconizado na maior parte dos países que o adotam.

No caso brasileiro, existe grande diferença entre o arcabouço institucional e procedimental dos tribunais constitucionais dos outros países, embora não se tenha modelo único ou padrão para a configuração institucional de um tribunal constitucional. É possível, inclusive, defender a desnecessidade de atuação exclusiva do tribunal constitucional no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade<sup>181</sup>.

Esta pesquisa, todavia, visa defender a tese de que a maior eficácia e a legitimidade democrática da jurisdição constitucional estão ligadas diretamente à inserção no desenho de poder do Estado, desvinculada dos Poderes constituídos, e aos aspectos como competência exclusiva de análise do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, além de aspectos específicos quanto à estrutura organizacional e às funcionalidades de atuação.

Um dos relevantes motivos para o tribunal constitucional não ser vinculado a qualquer dos Poderes é porque, considerando a natural disputa para impor a ideologia e as correspondentes providências no exercício do poder, própria das sociedades democráticas,

---

<sup>179</sup> LUHMANN, Niklas *apud* DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001, p. 105.

<sup>180</sup> HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 145.

<sup>181</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. É o STF um Tribunal Constitucional? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 7592, jul.-set. 2007.

surge a necessidade de “pessoas fora do jogo com autoridade sobre a competição”<sup>182</sup>, a fim de assegurar a lisura e a legitimidade do procedimento nos conflitos envolvendo a atuação dos Poderes constituídos, em face da Constituição. A estrutura dessa disputa está estabelecida na Constituição Federal, por isso, cabe ao tribunal constitucional exercer a autoridade externa sobre a competição entre os interessados em acessar e exercer o poder. Logo, a legitimação dessa função está diretamente relacionada à capacidade desse órgão em manter-se externo e sem vínculo relevante com os demais Poderes instituídos, na medida em que atua para solucionar os conflitos constitucionais. Se o tribunal constitucional integra o Poder Judiciário, inexistente ambiente sociopolítico para assegurar essa capacidade de equidistância institucional na apreciação dos conflitos constitucionais, pois integra um dos Poderes, cujos conflitos com os demais lhe compete arbitrar. Esse ambiente sociopolítico tem conexão direta com a inserção do tribunal constitucional de forma autônoma na estrutura do Estado, isto é, sem vinculação ou subordinação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, constituindo-se o tribunal constitucional em outro Poder autônomo do Estado, com função e atuação própria, específica e limitada.

A escolha de componentes para o tribunal constitucional tem suscitado debate relevante nas esferas jurídica e política a respeito de escolhas lastreadas em predeterminações ideológicas próprias ou vinculadas à atuação política prévia ao escolhido, pois esse tipo de escolha pode gerar dificuldade na separação conceitual e prática entre as esferas legislativa e judicial pelo tribunal constitucional<sup>183</sup>.

No processo legislativo, delibera-se sobre propostas que, se aprovadas, definem parâmetros de observância obrigatória à sociedade. Para isso, consideram-se as diversas visões ideológicas que conquistaram representação política legislativa. Essas visões apontam, não raro, para soluções distintas, com diretrizes que melhor atendem ao bem comum. A deliberação envolve várias dinâmicas de atuação dos agentes políticos que vão desde a confrontação entre diferentes visões até o diálogo voltado a conciliar posições políticas e a identificar pontos passíveis de concessão ou compromisso. Prevalece a solução possível, que consegue reunir o apoio da maioria.

Todavia, na atuação do tribunal constitucional, essa conduta importaria em equiparar a finalidade pública do juiz constitucional aos membros eleitos dos poderes legislativo e

---

<sup>182</sup> DA MATA, Roberto. Os desafios da antropologia no século XXI. Coluna Semanal do Antropólogo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2024.

<sup>183</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. Julgamentos ideológicos e a composição das Cortes Supremas. **Jornal da USP**. 19 nov. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=371511>. Acesso em: 12 nov. 2024.

executivo, a quem compete impor as respectivas ideologias ao sistema jurídico e, com tal equiparação, relegar à óptica do juiz constitucional a aplicação compulsória à sociedade da respectiva visão de bem comum, comprometendo a necessária separação entre a norma constitucional e a ideologia política do intérprete. Essa conduta equivaleria a colocar sob suspeição a própria imparcialidade da atividade hermenêutica do intérprete, a quem poder-se-ia atribuir subversão do texto normativo para alcançar o resultado ideológico que lhe aprouvesse.

O debate ideológico, até certo ponto, está presente na hermenêutica constitucional, na medida em que a norma constitucional tem textura aberta e conceitual, abrangendo um espectro ideológico possível nos termos do texto normativo, como liberdade, igualdade, moralidade pública, impessoalidade, dentre tantos outros, princípios esses também objeto de debate político ideológico nos Estados Democráticos de Direito. Entretanto, exatamente nesse aspecto que o tribunal constitucional encontra legitimidade material quando seus juízes atuam em consonância com a realidade sociopolítica da Constituição no momento da interpretação, adotando interpretações que fortaleçam a implementação e a proteção dos direitos e garantias protegidos, sem que o intérprete almeje impor a respectiva visão de bem comum à sociedade. O juiz constitucional deve ser capaz de acolher interpretações que contrariem seus ideais pessoais, desde que se revelem as mais adequadas no contexto hermenêutico, associada à realidade sociopolítica predominante no momento histórico.

Do contrário, o tribunal constitucional pode atuar de forma a configurar o *abusive constitutionalism*, que descreve o uso de mecanismos de modificação constitucional capazes de tornar um Estado significativamente menos democrático. Tanto as modificações formais (v.g., emendas à Constituição), quanto as informais (v.g., mutações constitucionais e decisões do tribunal constitucional), podem enfraquecer os fundamentos democráticos do texto constitucional se forem contrárias aos postulados estruturais dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito<sup>184</sup>. Isso pode configurar certo “contraconstitucionalismo”<sup>185</sup>, no qual o resultado hermenêutico do juiz constitucional é contrário ao núcleo dos direitos e

---

<sup>184</sup> OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na justiça constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos “vetos *players*” na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 16, n. 49, p. 51-95, jan.-jun. 2022.

<sup>185</sup> Expressão atribuída a Richard Albert. OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na justiça constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos “vetos *players*” na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 16, n. 49, p. 51-95, jan.-jun. 2022.

garantias fundamentais constitucionalmente protegidos, apesar da aparência de conformação, em decorrência da erudição da linguagem jurídica utilizada como justificação<sup>186</sup>.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a busca por legitimação pelos meios de diálogo com a sociedade e os demais poderes visa minorar o grau de legitimação democrática respectiva, objeto das críticas anteriormente aludidas, pautadas na ampliação de poderes, comprometedoras do equilíbrio com os demais, a ponto de aludir-se frequentemente nessas críticas à “magistocracia”<sup>187</sup> ou à “supremocracia”<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> “às Cortes Supremas compete dizer o direito como ele é e não como deveria ser. Cabe-lhes, parafraseando Aliomar Baleeiro, função semelhante à do árbitro de futebol. A elas cumpre ‘apitar, botar jogador para fora do campo, marcar pênalti, botar ordem no campo’. Não devem, portanto, ‘jogar, meter o pé na bola’ e marcar gols. A torcida não suportaria árbitro parcial que interfere no jogo para favorecer ou prejudicar uma das equipes”. LEAL, Roger Stiefelmann. Julgamentos ideológicos e a composição das Cortes Supremas. **Jornal da USP**. 19 nov. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=371511>. Acesso em: 12 nov. 2024.

<sup>187</sup> Conrado Hubner, anteriormente citado.

<sup>188</sup> Oscar Vilhena Vieira *apud* HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 158.

## 4 ASPECTOS NECESSÁRIOS À LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

É imprescindível a existência de um órgão estatal que assegure a supremacia das normas constitucionais sobre quaisquer atos de Estado contrários ao texto constitucional, materializado no tribunal constitucional, para assegurar a supremacia e a eficácia das normas constitucionais, sobretudo em um Estado Democrático de Direito. É necessário, todavia, que esse órgão tenha a legitimidade democrática adequada, a começar pela posição no arcabouço institucional do Estado, o qual convém seja desvinculado de qualquer dos Poderes constituídos.

Além disso, a legitimação democrática do tribunal constitucional está relacionada, igualmente, aos seguintes aspectos: 1 – organizacionais: a) adequada posição desse órgão na estrutura constitucional do Estado; b) forma de composição, quantidade, origem e duração dos mandatos dos membros no tribunal. 2 – funcionais: a) extensão da competência; b) quórum de deliberação; c) extensão da eficácia das decisões; d) extensão temporal das decisões; e) amplitude dos legitimados a provocar a atuação; e f) amplitude dos meios processuais de acesso.

### 4.1 Aspectos organizacionais: posição na estrutura constitucional do Estado e forma de composição do tribunal

Relevante para se verificar o grau de legitimação democrática é analisar os aspectos organizacionais de um tribunal constitucional. Por isso, este trabalho destaca a adequada posição do tribunal na estrutura de Poder do Estado, e a adequada forma de composição do tribunal constitucional, os aspectos de quantidade, origem e duração dos mandatos dos membros. Todos esses temas se correlacionam às funções do Supremo Tribunal Federal, a fim de evidenciar as características deste que diminuem a sua legitimação democrática.

O controle judicial da constitucionalidade das normas e demais atos estatais têm sido atribuído a John Marshall e Alexander Hamilton (1788)<sup>189</sup>.

Há, ainda, o controle de constitucionalidade na própria gênese da norma ou ato estatal, quando a constitucionalidade é verificada antecipadamente, como ocorre nos órgãos internos

---

<sup>189</sup> “*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts, A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to proceed from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents*”. The Federalist *apud* FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. São Paulo: Del Rey, 2017, p. 306.

do Legislativo, no processo de elaboração das normas, ou do Executivo, previamente à sanção de uma lei e na edição de normas regulamentares<sup>190</sup>.

O controle judicial, também tratado como *judicial review*, estabelece a atuação mediante órgão não vinculado a qualquer dos Poderes – tribunal constitucional – ou, ainda, quando a verificação da constitucionalidade é realizada pelo Poder Judiciário. O controle judicial pelo Poder Judiciário foi o que, inicialmente, estabeleceu a verificação da constitucionalidade das normas de forma difusa, ou seja, ocorria incidentalmente no curso dos processos em curso.

Menciona-se, ainda, o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, composto por membros do Poder Judiciário, juntamente a integrantes de outras origens estatais ou não. Esses membros se reúnem em um órgão com competência exclusiva e específica para essa finalidade, geralmente denominado tribunal constitucional. Trata-se de um modelo conhecido como “modelo austríaco”, implementado sob a influência de Hans Kelsen<sup>191</sup>.

Dentre os muitos aspectos relevantes correlacionados à formação de um tribunal constitucional, os quais influenciam a legitimação democrática, mencionam-se: a) número de membros; b) sistema de escolha dos membros, incluindo a origem; c) formas e periodicidade de renovação.

No tocante à funcionalidade do tribunal constitucional, também correlacionada à legitimação democrática, tem-se: a) amplitude da competência, b) espectro dos que podem solicitar a intervenção do Tribunal, c) procedimentos internos e d) participação externa.

#### **4.1.1 Posição desse órgão na estrutura constitucional do Estado**

O controle dos atos normativos pode ser: a) político, realizado por órgãos estatais encarregados dessa atividade, geralmente vinculados ao Poder Legislativo; o sistema francês é o mais representativo dessa espécie de controle<sup>192</sup>; b) judicial, que pode adotar um sistema difuso de controle de constitucionalidade; o sistema americano é o mais emblemático, no qual “a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial”<sup>193</sup>; c) tribunal constitucional, vinculado ou não ao Poder Judiciário, no qual o controle

<sup>190</sup> Como ocorre nas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado. No Executivo, quando houver manifestação do órgão com tal competência, por exemplo, Advocacia Geral da União; Controladoria Geral da União; Secretaria de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, por exemplo.

<sup>191</sup> Por exemplo, sistema adotado na Itália (art. 135 da Constituição) e na Espanha (art. 159 da Constituição).

<sup>192</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 963.

<sup>193</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 964.

de constitucionalidade das normas ocorre de forma direta (concentrada), abstrata e exclusiva, isto é, afastada a atuação de qualquer outro órgão; d) controle misto, ou seja, difuso e concentrado; o difuso é permitido a qualquer órgão do Poder Judiciário e, o concentrado, a certo órgão estatal com essa competência, vinculado ou não ao Poder Judiciário, como ocorre no Brasil com o Supremo Tribunal Federal no controle concentrado e demais órgãos desse Poder no controle difuso.

O controle de constitucionalidade concentrado, via tribunal constitucional exclusivo e externo à estrutura dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, é conhecido como sistema austríaco, concebido por Hans Kelsen e estabelecido na Constituição da Áustria de 1920/1929. A concepção kelseniana diverge substancialmente do controle judiciário americano. Nesse sistema, o controle de constitucionalidade não é considerado uma atuação fiscalizadora do Poder Judiciário, mas função estatal exercida por órgão constitucional criado para essa finalidade e destinado a atuar como legislador negativo na proteção da Constituição. Analisa a compatibilidade do ordenamento jurídico, direta e abstratamente, com a Constituição, por provocação dos legitimados, sem qualquer vinculação direta com controvérsia de caso específico, própria da atuação judiciária<sup>194</sup>.

A localização institucional do tribunal constitucional na estrutura do Estado reflete aspecto relevante quanto à natureza do relacionamento entre direito e política no país, e na forma pela qual a divisão dos poderes encontra equilíbrio. Se o tribunal constitucional pertencer ao Poder Judiciário, sem qualquer possibilidade de questionamento das respectivas decisões pelo Legislativo, haverá crescente empoderamento daquele Poder em detrimento dos outros. É o que ocorre no Brasil, onde já se atribuiu à atuação do Supremo Tribunal Federal como próxima à “magistocracia”<sup>195</sup>.

A independência do tribunal constitucional em relação aos Poderes do Estado, inclusive do Judiciário, é característica predominante na concepção desse órgão e fruto da própria construção teórica desse modelo concentrado e abstrato de solução das controvérsias constitucionais. É exatamente essa posição no arcabouço constitucional do Estado que lhe confere a função essencial e a razão de ser respectiva, e nesses aspectos se diferencia de um tribunal supremo próprio da organização jurisdicional do Poder Judiciário<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 965.

<sup>195</sup> HÜBNER, Conrado. **O discreto charme da magistocracia**. São Paulo: Todavia, 2024.

<sup>196</sup> “Esse aspecto da construção teórica do modelo de tribunal constitucional fica claro na seguinte análise de Roger Stiefelmann Leal: ‘O Tribunal Constitucional deve, portanto, compor uma magistratura independente do aparato jurisdicional ordinário e das estruturas dos demais poderes. Nesse sentido, configura um poder autônomo, distinto e organicamente independente do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É este, segundo Favoreu, o atributo que diferencia um Tribunal Constitucional de um Tribunal

A jurisdição constitucional requer o poder de anular normas com autoridade de coisa julgada, pois sem esse poder, ela não pode existir. No entanto, quando ela tem a capacidade de reescrever a lei oficialmente e substituir os dispositivos legislativos por seus próprios textos, exerce a função do legislador positivo, em atuação diversa do modelo kelseniano original, expandindo significativamente o poder desse órgão no Estado.

A possibilidade de atuar como legislador positivo, isto é, de introduzir modificações no texto normativo submetido ao tribunal constitucional diminui a distinção entre a função legislativa da função de controle de constitucionalidade, ou seja, reduz a fronteira entre direito e política<sup>197</sup>.

A concepção kelseniana do controle concentrado de constitucionalidade previa um tribunal específico para essa finalidade, fora da estrutura dos demais Poderes, exatamente para evitar ou minimizar a hipertrofia de um em detrimento dos outros, além de manter mais clara a distinção entre direito e política. No Brasil, optou-se pela incomum cumulação dos dois sistemas: o difuso (americano) e o concentrado (austríaco), vinculando ambos ao Poder Judiciário. Essa dupla revisão é conferida ao Supremo Tribunal Federal, que tem a última palavra no sistema difuso e atuação única no sistema concentrado. Essa condição resulta em um acúmulo de poder que, associado a outros fatores estruturais de atuação judicial e aspectos processuais de amplo acesso, tem ocasionado questionamentos frequentes a respeito da ocorrência de elevado grau de desequilíbrio entre os Poderes, com crescente preponderância do Judiciário.

A cumulação dos dois sistemas de controle dos atos normativos, somada aos múltiplos meios de atuação concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, aos quais se associa à estrutura de escolha e inexistência temporal fixada para o mister dos membros do Tribunal, ocasionou ao longo da vigência da Constituição elevada disfuncionalidade na relação entre os Poderes constituídos e, por consequência, disfuncionalidade na própria dinâmica do exercício do poder estatal. Essa disfuncionalidade tem gerado insegurança jurídica e política do Estado, o que compromete o desenvolvimento do projeto civilizatório da Constituição, na medida em que, ao invés da constitucionalmente preconizada “harmonia” (art. 2º da CF/1988) tem-se desarmonia entre os poderes estatais, evidenciadas nas sucessivas e frequentes “crises” entre eles<sup>198</sup>.

---

Supremo de última instância”. HORBACH, Carlos Bastide. É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 22 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-22/observatorio-constitucional-preciso-definir-funcao-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

<sup>197</sup> FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 33.

<sup>198</sup> MOISÉS, José Álvaro. Conflito entre os Poderes afeta a qualidade da democracia no Brasil. **Jornal da USP**. 7 fev. 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/conflito-entre-os-poderes-afeta-a-qualidade-da-democracia-no-brasil/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

A concentração de poderes de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, juntamente com ampla competência judicial ordinária e extraordinária, conduziu ao desequilíbrio tão questionado e evidenciado, por isso, que o sistema misto (difuso e concentrado) no Poder Judiciário não tem produzido os efeitos esperados para proteger a Constituição e concretizar o projeto de desenvolvimento civilizatório nela estabelecido.

Por isso, a posição mais adequada para a função de tribunal constitucional, isto é, a quem compete o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade dos atos normativos, consiste em um órgão exclusivo e autônomo da estrutura dos poderes constituídos, como preconizado no modelo kelseniano e amplamente adotado em diversos países que adotam esse modelo de controle: Itália, Alemanha, Turquia, Iugoslávia, Chipre, Grécia, Espanha e Portugal<sup>199</sup>.

#### **4.1.2 Composição: quantidade, origem, e duração dos mandatos dos membros no tribunal**

Aspecto relevante na organização do tribunal constitucional diz respeito à sua forma de composição: origem, número de membros e tempo que esses membros integram o órgão.

No Brasil, a função de tribunal constitucional está inserida na competência do Supremo Tribunal Federal, além das suas funções ordinárias e extraordinárias amplas como órgão de cúpula do Poder Judiciário. Historicamente, o Supremo Tribunal Federal tem sido composto por 11 membros, desde 1931, salvo breves períodos de exceção.

A composição do Tribunal sempre esteve desvinculada de qualquer origem dos respectivos membros. O critério de escolha é exclusivo do chefe do Poder Executivo, que deve selecionar um brasileiro com pelo menos 35 anos de idade e notório saber jurídico, além de reputação ilibada, requisito, aliás, com baixo grau de objetividade. Essa escolha é submetida à aprovação do Senado que, salvo cinco episódios específicos em 1894, no curso do mandato de Floriano Peixoto (1891-1894), sempre chancelou os outros 171 juízes indicados (até 2024), realidade que evidencia ser requisito essencialmente burocrático-formal a participação do órgão congressional no processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao número dos componentes do Tribunal, a Constituição 1891 estabeleceu 15 membros (arts. 55 a 59); em 1931, reduziu para 11 (Decreto n. 19.656/1931). A Constituição

---

<sup>199</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 965.

“Qualquer que seja a sua caracterização jurídico-constitucional, este sistema encontrou grande recepção no pós-guerra, estando consagrado na Itália, Alemanha, Turquia, Iugoslávia, Chipre, Grécia, Espanha e Portugal”.

de 1934 manteve 11 membros, embora tenha alterado o nome para Corte Suprema (arts. 73 a 77). Já a Constituição de 1937 restaurou o nome Supremo Tribunal Federal, que permaneceu com 11 membros (arts. 97 a 102). Em 1946, a Constituição da redemocratização nada modificou quanto ao nome e quantidade de integrantes em relação à Carta anterior (arts. 98 a 102).

Durante o regime militar, o Ato Institucional n. 2/1965 aumentou o número de ministros para 16, acréscimo mantido pela Constituição de 1967. No entanto, o Ato Institucional n. 5/1968 resultou na aposentadoria de três ministros em janeiro de 1969. Posteriormente, o Ato Institucional n. 6/1969 restabeleceu a quantidade de 11 ministros, determinando que as vagas abertas não fossem preenchidas até que essa determinação fosse atendida<sup>200</sup>.

A Constituição Federal de 1988 confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para atuar “precipualemente” na “guarda da Constituição” (art. 102), mantendo a composição com 11 membros (art. 101).

A quantidade de membros de um tribunal constitucional é relevante considerando o volume de contencioso constitucional que lhe é submetido, decorrente da amplitude da respectiva competência, da quantidade de vias processuais de acesso, e do espectro dos legitimados para acionar o controle de constitucionalidade.

A questão relativa ao número de membros que devem compor o tribunal constitucional envolve aspectos políticos, racionais e práticos, os quais devem suplantar eventual aspecto histórico-cultural da quantidade estabelecida ao longo dos 133 anos desde a criação do Supremo Tribunal Federal. Nesse período, o Tribunal teve 11 membros, salvo exceção do período inicial (1981 a 1930) com 15 membros, e no período de 1965 a 1969, durante o regime militar, com 16 membros.

Entre os aspectos políticos, quanto menor a quantidade de membros no tribunal constitucional, maior a concentração de poder em cada um deles. A questão numérica deve considerar o aspecto político de conveniência dessa concentração, na medida em que se tem um país com extensa área continental que abriga mais de 210 milhões de habitantes e um crescente contencioso constitucional. Um exemplo é o elevado número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)<sup>201</sup>, que já ultrapassa as 7.700 ações.

Nesse contexto, apesar da crescente utilização de novas tecnologias, a quantidade de demandas constitucionais concentradas, somada à competência originária e extraordinária do

---

<sup>200</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Histórico**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20era,com%20posterior%20aprova%C3%A7%C3%A3o%20do%20Senado>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>201</sup> ADI 7.700 protocolada em 13-08-2024.

Supremo Tribunal Federal, evidencia não só a enorme concentração de poder em cada membro como também a diluição da pessoalidade na atuação das controvérsias que lhes são submetidas.

Em 2023, por exemplo, o Tribunal recebeu 78.242 novos processos, dos quais 23.546 foram iniciados no próprio Tribunal, resultando em 101.970 decisões individuais e colegiadas<sup>202</sup>. Diante desses números, inviáveis à aplicação plena do notável saber jurídico de cada um dos componentes do Tribunal na integralidade dos processos que lhes são submetidos, individual e colegiadamente, evidenciando a redução de pessoalidade que conduz à perda de legitimação do resultado interpretativo conferido à sociedade, justamente por não permitir o emprego do conhecimento direto dos juízes, em prejuízo da legitimidade democrática do intérprete da norma constitucional.

Assim, a elevação do número de membros do tribunal constitucional não configura aspecto prejudicial ao funcionamento do órgão estatal, mas pode significar maior legitimação democrática, pois seria possível elevar a pessoalidade da atuação dos membros e promover maior celeridade na solução das demandas submetidas ao Tribunal Constitucional, as quais, na configuração atual, demandam muitos anos, não raramente alcançando décadas.

A adoção de um número ímpar de membros de tribunais constitucionais geralmente visa evitar a existência do voto qualificado, denominado de minerva, pelo respectivo presidente, em caso de empate nas votações.

Diante da realidade geográfica e sociopolítica brasileira, assim como do excesso de demandas constitucionais que superam sobremaneira a realidade de outros países com mais membros nos tribunais constitucionais, seria conveniente reconsiderar a tradição histórico-cultural de manter 11 membros no Supremo Tribunal Federal. A elevação desse número para 15 ou 17 poderia ajudar a evitar o voto de minerva do presidente, promovendo maior pluralidade de perspectivas e decisões mais equilibradas pela maior diversidade da sua composição<sup>203</sup>.

A objeção de possível aumento de divergências internas de entendimentos (jurisprudência) pode ser contornada com, no mínimo, dois aspectos: a) uso dos muitos meios processuais existentes – o julgamento colegiado pleno de casos específicos é o meio mais eficaz e legítimo para estabelecer precedentes e evitar divergências internas; e b) normatização de uma conduta individual dos membros, no sentido de submeter casos relevantes ao colegiado pleno

---

<sup>202</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Em balanço, presidente do STF reforça valorização de decisões colegiadas em 2023**. 19 dez. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=522869&ori=1#:~:text=N%C3%BAmeros,contra%20decis%C3%B5es%20de%20outras%20inst%C3%A2ncias>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>203</sup> Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n. 275/2013 que propõe elevar o número de membros do STF de 11 para 15 Ministros.

para obter uma decisão padrão, a ser seguida na análise de litígios constitucionais similares por todos, inclusive os demais componentes do tribunal constitucional.

Outro aspecto organizacional a ser considerado é a origem dos membros que compõem o tribunal constitucional. Em muitos países, a composição do tribunal reserva espaços específicos para que diversos órgãos dos poderes constituídos do Estado indiquem membros, assegurando que o tribunal não esteja vinculado exclusivamente a qualquer desses poderes ou fruto apenas da escolha do Presidente da República.

A Constituição brasileira não estabelece limitações quanto à origem do indicado pelo Presidente da República, desde que atenda aos generalíssimos critérios de notório saber jurídico e reputação ilibada, e idade superior a 35 anos. Assim, a composição do Supremo Tribunal Federal teve origem de seus membros dentro e fora dos órgãos estatais. Foram indicados membros oriundos ou com passagens profissionais nos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, advogados e acadêmicos do setor privado.

Contudo, seria conveniente considerar, inclusive no caso brasileiro, a reserva de indicações para membros do tribunal constitucional por diferentes órgãos ou poderes constituídos, que visa aumentar a pluralidade da composição, elevando o grau de legitimidade sociopolítica das decisões face a amplitude dos setores estatais envolvidos na interpretação das normas constitucionais. É o que ocorre em muitos países que adotam tribunais constitucionais, por exemplo, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália.

Soma-se à pluralidade de origem dos membros do tribunal constitucional a questão do mandato para o exercício da função, como forma de levar legitimação democrática da jurisdição constitucional<sup>204</sup>.

Embora tenham forte componente político, as decisões do tribunal constitucional são essencialmente de natureza jurídica. É necessário preservar a segurança decorrente da

---

<sup>204</sup> VIEIRA, Renato Stanziola. Jurisdição constitucional brasileira: apontamentos sobre a nomeação de ministros para o STF e o papel do Senado Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 193-213, jan.-mar. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52579>. Acesso em: 26 fev. 2018. “Toma-se por base, nesse cálculo, o tempo de duração do mandato de Presidente da República (quatro anos, artigo 82, Constituição Federal), bem assim, o tempo de cada mandato de membro da Câmara dos Deputados (quatro anos, artigo 44, parágrafo único, Constituição Federal) e do Senado Federal (oito anos, artigo 46, parágrafo primeiro, Constituição Federal), para se fixar em nove anos o tempo de exercício de mandato de cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, vedada a imediata recondução. A não coincidência dos tempos de mandatos de cada um dos representantes da cúpula dos Poderes instituídos na Constituição, além de lhes conferir autonomia no exercício das respectivas funções típicas, propiciaria ao Supremo Tribunal Federal a salutar desvinculação de decisões, quer perante o Executivo, quer perante o Legislativo. Trata-se, pois, de condição para o exercício da Jurisdição Constitucional tal como se imagina: atrelada à Constituição e à proteção dos direitos fundamentais, em exercício jurisdicional obediente à lógica judicial, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil, da Procuradoria Geral da República, dos Tribunais brasileiros e do Conselho Nacional de Justiça, órgão de composição mista”.

estabilidade das decisões, realidade que recomenda mandatos não exíguos, como ocorrem no Parlamento, mas igualmente não excessivamente longos ou indeterminados, como se vê no Brasil e nos EUA. Nos países que adotam um tribunal constitucional exclusivo, geralmente, os mandatos variam entre 9 e 12 anos.

Tanto a origem diversificada para a indicação dos membros do tribunal constitucional, quanto a fixação de um período para a permanência nesse mister (mandato), são aspectos significativos para elevar a legitimidade sociopolítica na atuação do tribunal como intérprete último e garantidor da eficácia vinculante da Constituição. Esses mecanismos evitam não só a concentração de poder na indicação e no exercício da função, mas também um possível personalismo deletério no exercício da função, em decorrência do tempo excessivamente longo, indeterminado, ou condicionado à recondução dos membros do tribunal constitucional.

A pluralidade na indicação e o exercício por prazo determinado, embora longo e sem recondução, são elementos que protegem a eficácia da Constituição, por assegurarem um pluralismo independente na atuação do colegiado, renovação periódica e previsível, além de despersonalização do intérprete face a temporalidade mitigada do mister.

No tocante à pluralidade da origem dos membros, é possível a indicação privativa pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, proporcionalmente às vagas do tribunal constitucional, mas seria de bom alvitre que essa indicação não fosse, no caso dos Poderes Legislativo ou Executivo, de pessoa com atividade política-partidária recente, para evitar a politização do tribunal e a distorção da interpretação constitucional.

A atividade política recente significaria, no mínimo, nos últimos 5 anos, qualquer vinculação formal ou informal a partido político ou exercício de cargo público de natureza política, considerado aqueles de nomeação livre pelo Presidente da República ou pelo Primeiro-Ministro no sistema parlamentarista de governo, além do exercício de mandato eletivo em qualquer esfera dos poderes do Estado.

Outro aspecto que dificultaria a nomeação de membros ao tribunal constitucional com vinculações político-ideológicas seria elevado quórum de aprovação do escolhido pelo parlamento, algo como quatro- quintos, exigência que, somada à anterior, forçaria a escolha com aceitação em todas as correntes políticas-ideológicas elevando a legitimação democrática da interpretação constitucional.

Visando preservar esse distanciamento do embate político-ideológico inerente às funções do Legislativo e do Executivo, alguns países, como Portugal, optam por reservar vagas aos acadêmicos de universidades.

#### **4.2 Aspectos funcionais: extensão da competência; quórum de deliberação; extensão da eficácia das decisões; extensão temporal das decisões; amplitude dos legitimados a provocar a atuação, e amplitude dos meios processuais de acesso à provocação do controle de constitucionalidade**

Assim como foram analisados os aspectos organizacionais, no que concerne aos aspectos de funcionamento de um tribunal constitucional, esta pesquisa destaca os temas acima e os correlaciona com as funções do Supremo Tribunal Federal, a fim de evidenciar as características deste que diminuem a sua legitimação democrática.

Aspecto relevante quanto à eficiência do tribunal constitucional consiste em verificar a extensão da respectiva competência, isto é, se ela é exclusiva para a atuação no controle abstrato de constitucionalidade ou se cumulativa com outras atividades próprias do Poder Judiciário.

A constitucionalidade do ato estatal pode ocorrer previamente, isto é, antes de ser produzido, impedindo-se a respectiva concretização e ingresso no sistema jurídico, ou, ainda, após a produção e vigência do ato estatal. A verificação *a priori* pode ocorrer por quem tenha competência para vetar a promulgação do ato<sup>205</sup> ou, quando permitido, pelo órgão estatal responsável pelo controle de constitucionalidade<sup>206</sup>. No modelo brasileiro, não há controle prévio de constitucionalidade durante a tramitação de proposição legislativa ou administrativa. Esse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal sempre após o ingresso da norma no ordenamento jurídico.

A concepção de existência de um órgão estatal com a competência para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade remete, originariamente, à ideia de que haverá exclusividade nesse controle, não sendo associado à forma difusa, na qual qualquer juiz ou tribunal pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma.<sup>207</sup>

A atuação exclusiva do tribunal constitucional ocorre na maior parte dos países com controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Nesses casos, a origem diversificada das indicações e o mandato dos membros elevam a legitimidade democrática dos intérpretes oficiais da Constituição, além de contribuírem para maior eficiência no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

<sup>205</sup> A CF/1988, art. 66, prevê que o Presidente da República pode vetar normas congressuais que considerar inconstitucionais.

<sup>206</sup> Nos países em que a Constituição permite o controle de constitucionalidade das leis em elaboração, como Portugal e França, esse controle é geralmente exercido pelo Tribunal Constitucional. No Brasil, o STF não realiza esse tipo de controle prévio.

<sup>207</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, além de atuar como tribunal constitucional, desempenha funções judicantes inaugurais (1º grau), atua como primeiro revisor de decisões judiciais inaugurais (2º grau), e revisa a constitucionalidade de todas as decisões judiciais possíveis no âmbito do Poder Judiciário, incluindo o controle difuso de constitucionalidade.

A competência do Supremo Tribunal Federal abrange a possibilidade de atuar em milhões de ações. Essa realidade impacta a atuação do Tribunal em ambas as funções – tanto como órgão de cúpula em ações originárias e revisor das decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, quanto como tribunal constitucional, nas ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Esse é um dos motivos para a baixa eficiência desse modelo, evidenciada pelo elevado tempo para se proferir muitas decisões, sobretudo as colegiadas, em ambas as funções. Destaca-se, ainda, a impossibilidade física real de pessoalidade dos membros do Supremo Tribunal Federal na atuação de tudo quanto lhes é submetido, o que compromete significativamente a legitimidade democrática do resultado da atuação.

No mister de tribunal constitucional, o Supremo Tribunal Federal promove o controle concentrado de constitucionalidade, o qual resulta a verificação de três espécies de inconstitucionalidade: a) *orgânica* – vício de competência para produzir o ato estatal; b) *formal* – decorre do descumprimento do rito estabelecido para se produzir o ato estatal; c) *material* – quando o próprio conteúdo da norma ou ato estatal é contrário ao texto constitucional<sup>208</sup>. Essa contrariedade pode ser integral, quando inexiste interpretação da norma infraconstitucional ou do ato estatal possível, sem contrariar o texto da Constituição, ou parcial, quando a norma ou o ato estatal só será constitucional se interpretado de determinada forma, configurando-se contrária à Constituição, quando interpretado de forma diversa.

Outro aspecto relevante diz respeito ao quórum necessário para a deliberação do tribunal constitucional no controle concentrado de constitucionalidade. Por certo, quanto maior o número de membros para afastar a validade do ato normativo, maior será a estabilidade desse ato e, por consequência, a presunção de constitucionalidade da atuação normativa dos demais Poderes.

O quórum mínimo de votação inferior ao qualificado – dois terços – dos membros do tribunal constitucional para afastar ou alterar norma jurídica, no exercício do controle de constitucionalidade, importa grande fragilização do equilíbrio entre os Poderes, além de concentrar mais poder em cada membro do tribunal. A consequência perversa disso é a

---

<sup>208</sup> Marcelo Caetano *apud* FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. São Paulo: Del Rey, 2017, p. 303.

instabilidade do ordenamento jurídico, também denominada insegurança jurídica. Por isso, o quórum de dois terços é o mínimo plausível na atuação dos tribunais que exercem o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

A legitimidade democrática do tribunal constitucional brasileiro é fortemente abalada pela permissividade legal na atuação individual dos membros do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, por configurar o exercício de uma legitimidade meramente formal. Essa conduta permite a suspensão da eficácia de um ato normativo pela decisão exclusiva de um dos membros, o que pode impactar a vigência de atos normativos de qualquer ente federado. Isso instabiliza a atuação dos demais Poderes e instâncias federadas, gerando grande insegurança jurídica, além de questionamentos fundados de possíveis motivações políticas nessa atuação, o que é frequente e publicamente externado pelos demais órgãos de Estado, das classes política e jurídicas, além da própria sociedade e suas entidades civis organizadas, como a imprensa e representantes de classe das mais diversas matizes sociopolíticas<sup>209</sup>.

Não obstante, as normas que regulam a atuação individual dos membros do Tribunal Constitucional no controle concentrado de constitucionalidade,<sup>210</sup> juntamente com o Regimento Normativo Interno<sup>211</sup>, estabelecem procedimentos visando mitigar a proeminência de decisões individuais dos membros, em detrimento das decisões colegiadas. Todavia, essas normas procedimentais não têm apresentado eficácia suficiente para afastar a prevalência das decisões individuais. Isso ocorre mesmo no prazo legal cabível para se julgar ações de natureza constitucional<sup>212</sup>, realidade que deslegitima sobremaneira a atuação do Supremo Tribunal

---

<sup>209</sup> “A crise de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal é agravada quando este Tribunal profere decisão sem realizar efetiva deliberação. Ao decidir sem deliberar, a Suprema Corte brasileira não se comporta como instituição, não produz uma decisão colegiada e acaba por transformar seus membros em ilhas de decisões monocráticas, o que impossibilita o surgimento de uma ‘opinião do tribunal’. Ao assim proceder, o Supremo Tribunal Federal adquire uma legitimidade meramente procedimental ou formal”. HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024, p. 168.

<sup>210</sup> BRASIL. Lei n. 9.868/1999. “Art. 10, § 3º. Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”.

<sup>211</sup> O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), no art. 134, estabelece um prazo de 90 dias, renováveis por igual período (§ 4º), para a devolução dos pedidos de vista. Embora não imponha a obrigatoriedade de continuidade, a continuidade é possível independentemente da apresentação do voto vista (§ 5º). No entanto, na prática, essa continuidade não ocorre com frequência.

<sup>212</sup> Segundo o art. 21 da Lei n. 9.868/1999, o STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros, pode deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade. Essa medida consiste na determinação de que os juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até que ocorra o julgamento definitivo. O parágrafo único da mesma lei prevê que, uma vez concedida a medida cautelar, o STF deverá publicar a parte dispositiva da decisão em seção especial do Diário Oficial da União no prazo de dez dias, devendo o Tribunal julgar a ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Federal, na função de tribunal constitucional, além da própria força normativa da Constituição e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

As eventuais circunstâncias políticas, econômicas, jurídicas e sociais, por si, não justificam a relativização da legitimidade democrática de um tribunal constitucional, decorrente da anômala amplitude do poder individual dos membros respectivos no controle de constitucionalidade, na medida em que a força da legitimidade democrática ultrapassa as questões e as circunstância do momento. A proteção da força normativa constitucional é projetada no tempo visando tanto o presente quanto o futuro, e é mais relevante que as soluções pontuais do contencioso constitucional momentâneo, independentemente do tema tratado. Se a atuação do tribunal constitucional, sobretudo dos seus membros, não estiver de acordo com os termos fundamentais da Constituição, mesmo que utilizada fina retórica, a fim de solucionar qualquer questão importante atual, a força normativa presente e futura da Constituição sempre será abalada e comprometida.

Além da possibilidade de suspensão sumária ou cautelar da eficácia dos atos normativos de qualquer natureza individualmente por membros do Supremo Tribunal Federal, outro aspecto correlato indiretamente à afetação do quórum consiste na possibilidade de interrupção atemporal dos julgamentos em curso. Isso ocorre via pedido de mais tempo para análise, o que pode ser obtido por qualquer membro (vista dos autos), e que permite, inclusive, interromper a eficácia de decisão manifestada pela maioria, sob o fundamento de possível alteração do entendimento (voto) já manifestado por outros membros ao analisar a questão constitucional, após a manifestação daquele que solicitou mais tempo para pronunciar-se, sem que se possa proclamar o final do julgamento.

Não raras as vezes, esse procedimento de um dos membros do Tribunal interrompe a apreciação de temas constitucionais, durante muitos anos<sup>213</sup>, em sério prejuízo à credibilidade e à própria legitimidade democrática do Tribunal.

A Constituição brasileira estabelece a necessidade de maioria absoluta dos votos para se declarar inconstitucionalidade, isto é, 6 dentre os 11 membros da Corte (art. 97 da CF/1988). A elevação do quórum para dois terços, por exemplo, dificultaria a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, mas elevaria a legitimidade democrática da decisão e produziria maior estabilidade do ordenamento jurídico nos temas social e politicamente

---

<sup>213</sup> A Ação Originária n. 1.773, na qual foi deferida uma liminar em 2014, foi revogada somente em 2018. O tema objeto da ação, de natureza constitucional, foi a concessão de auxílio-moradia a todos os juízes do país.

controversos, sobretudo quando todo e qualquer ato normativo pode ser questionado por elevado número de legitimados.

Vedar decisões liminares por meio de ato individual de qualquer membro, ou seja, permitir apenas decisões liminares colegiadas, muito contribuiria para elevar a legitimidade democrática e estabilizar o ordenamento jurídico,<sup>214</sup> o que ocorreria, igualmente, se o quórum fosse de dois terços, o que demandaria, no mínimo, 8 votos para se declarar a inconstitucionalidade de ato normativo.

O controle de constitucionalidade traz tema relevante quanto à extensão da eficácia da decisão que reconhece a incompatibilidade de norma jurídica com a Constituição. Em regra, a inconstitucionalidade do ato normativo é integral, mas, excepcionalmente, pode ser parcial ou, ainda, restrita às interpretações do texto legal diversas daquela entendida compatível com o texto constitucional pelo tribunal constitucional.

Originalmente, previa-se apenas atuação do tribunal constitucional como legislador negativo, isto é, cabendo-lhe tão somente afastar o ato normativo considerado incompatível com a Constituição do ordenamento jurídico, como ocorre com a revogação da norma pelo Parlamento, pois o vício de inconstitucionalidade reconhecida pelo tribunal constitucional traduz declaração de invalidade da norma *ab initio*, em regra<sup>215</sup>.

A partir da segunda metade do século XX, com o aperfeiçoamento da teoria da Constituição, inclusive sob a óptica da necessidade de conferir maior eficácia positiva à norma constitucional, o controle de constitucionalidade começou a atuar mais ativamente na inovação do ordenamento jurídico, seja retirando apenas parte do texto normativo tido por inconstitucional, mantendo-o no que não entendido como contrário (inconstitucionalidade parcial, com redução de texto); ou, ainda, mantendo o texto normativo, mas fixando-lhe o conteúdo, a interpretação compatível com a Constituição, afastando as outras, essas inconstitucionais (inconstitucionalidade sem redução de texto).

Além disso, o controle de constitucionalidade abstrato tem permitido a inovação do ordenamento jurídico, a partir da imposição de eficácia normativa decorrente diretamente da Constituição, sem a existência de norma inferior expressa, seja na regulação de condutas, seja

---

<sup>214</sup> Tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional com esse objetivo (PEC n. 6/2020).

<sup>215</sup> “A inconstitucionalidade é um vício congênito, que afeta a norma desde a sua origem e compromete não só a sua validade como também a sua eficácia. A decisão que reconhece tal estado jurídico assume caráter declaratório, pois que reconhece estado pré-existente de nulidade”. DIAS, Roberto; SILVA, Marina Faraco Siqueira e. O indesejado efeito repristinatório no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). **Novos rumos para o direito público**: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 379-394.

na imposição de políticas públicas, evidenciando distanciamento significativo da perspectiva original de legislador negativo.

No contexto contemporâneo da teoria da constituição, existem variantes na declaração de inconstitucionalidade. Admite-se, excepcionalmente, que a anulação de certas leis possa provocar danos sociopolíticos maiores do que a eficácia temporal do ato normativo, ainda que evitado de inconstitucionalidade, durante o tempo de vigência da norma retirada do ordenamento jurídico, após a declaração do vício. Essa realidade viabilizou a possibilidade de não se declarar a completa inconstitucionalidade de uma norma jurídica desde a sua edição<sup>216</sup>.

Esse aspecto impacta diretamente a segurança jurídica na sociedade, por ser até intuitiva a presunção de que as normas produzidas são compatíveis com a Constituição, e que, por isso, obrigam a todos. O impacto é proporcional ao tempo de vigência, pois muitas normas vigoram por anos antes de serem declaradas inconstitucionais, realidade que remete à extrema relevância na atuação do tribunal constitucional sobre as consequências jurídicas do período de vigência das normas assim declaradas.

Tradicionalmente se entendia que a declaração de inconstitucionalidade remetia ao estabelecimento do *status quo ante*, pois não poderia advir efeitos jurídicos válidos de norma inconstitucional, isto é, a atuação do tribunal constitucional traduziria apenas a função de legislador negativo<sup>217</sup>. A realidade sociopolítica e econômica demonstrou a impossibilidade ou a enorme complexidade de se desfazer atos jurídicos realizados com a boa-fé e na presunção de validade das normas ao tempo em que realizados. Por isso, buscou-se atenuar essa realidade, mediante a flexibilização da visão tradicional dos efeitos jurídicos, passando-se a considerar

---

<sup>216</sup>“A eficácia retroativa da decisão, portanto, é a regra, constituindo exceção a sua modulação, mecanismo cuja finalidade é impedir as eventuais consequências gravosas [382] à segurança jurídica ou ao interesse social que tal decisão possa acarretar – e em virtude das quais, inclusive, poderia ser o Supremo Tribunal Federal compelido a evitar o reconhecimento da invalidade da norma”. DIAS, Roberto; SILVA, Marina Faraco Siqueira e. O indesejado efeito ripristinatório no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). **Novos rumos para o direito público**: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 379-394.

<sup>217</sup> As teses procedimentalistas, defendidas por autores como Habermas, Antoine Garapon e Jhon Ely, criticam veementemente a interferência do Judiciário nos campos da política. Com efeito, apesar de reconhecerem ao Judiciário, mormente à Jurisdição Constitucional, uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra (o que os diferem das concepções positivistas apresentadas no item anterior), vêm negativamente o ativismo judicial ostensivo para preservação de valores substanciais consignados nas Constituições. Na concepção habermasiana, fincada na teoria da ação comunicativa (teoria do discurso), a Jurisdição Constitucional aparece como guardiã dos procedimentos democráticos assegurados na Constituição para a formação da opinião e da vontade política, a partir da cidadania, e não de se arrogar o papel de legislador político (VIANNA *et al.*, 1999; STRECK, 2004). Nessa medida, Habermas (1997) parte da ideia de cidadãos autônomos que participassem ativamente da vida política da sociedade, de forma que se reconhecessem como autores da lei e não como seus destinatários. Constrói sua teoria sob uma rígida separação de poderes, onde nenhum pode se sobrepor aos demais. OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013.

possível e até necessário preservar a validade dos atos jurídicos praticados durante o período de vigência do normativo declarado inconstitucional, ou seja, a este conferindo eficácia temporal entre a edição e a declaração de inconstitucionalidade.

Se a manutenção desses efeitos, durante a vigência da norma inconstitucional, for excessiva à sociedade, então, mantém-se, no todo ou em parte, a eficácia da norma inconstitucional nesse período. Do contrário, o afastamento da norma do ordenamento jurídico ocorrerá desde a promulgação, sem ter produzido efeitos jurídicos válidos, isto é, deve-se restabelecer a situação anterior à promulgação, no tocante às relações jurídicas estabelecidas sob a respectiva vigência.

Assim, a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade significou o abandono da ineficácia da lei inconstitucional desde o início, a fim de assegurar o equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade das leis e a segurança jurídica necessária aos efeitos jurídicos na sociedade durante a respectiva vigência.

Ainda, é possível restaurar decisão de uma norma anterior àquela declarada inconstitucional. Isto porque, a anulação de uma lei pode criar um vazio normativo prejudicial à necessidade de normatização de determinadas relações jurídicas, e pode ser o mecanismo adequado para evitar essa situação, a depender da avaliação do tribunal constitucional<sup>218</sup>.

Segundo Roberto Dias e Marina Faraco, “a declaração de inconstitucionalidade, pois, naturalmente restabelecerá os atos normativos preteritamente revogados pela norma inconstitucional, exceção feita à hipótese de modulação dos efeitos dessa decisão, que será objeto de análise mais adiante”<sup>219</sup>.

Além disso, necessário considerar a intervenção positiva no ordenamento jurídico pelo tribunal constitucional, a qual ocorre quando a atuação abrange a produção direta de norma não prevista expressamente no ordenamento, mediante a regulação de situações não abrangidas por normas em vigor, atuação que caracteriza produção normativa originária decorrente da interpretação concretizadora de princípios constitucionais estruturantes. Diante da inexistência de norma ou da inércia do legislador quando provocado a respeito da inexistência de

---

<sup>218</sup> TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul.-set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70670>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>219</sup> A declaração de inconstitucionalidade, pois, naturalmente restabelecerá os atos normativos preteritamente revogados pela norma inconstitucional, exceção feita à hipótese de modulação dos efeitos dessa decisão, que será objeto de análise mais adiante.

normatização<sup>220</sup>, o próprio tribunal constitucional produz a norma regulamentadora até a vigência de outra norma produzida pelo Legislativo, a fim de impedir que a garantia constitucional reste sem eficácia diante da ausência de norma regulamentadora.

Essa nova configuração da atuação do tribunal constitucional implica maior relevância ao aspecto da legitimação democrática respectiva, sob pena de comprometimento do próprio Estado Democrático de Direito, comprometimento que embasa a crítica dos que indicam ser essa nova conformação do controle de constitucionalidade condutora a uma espécie de governo magistocrático.

É bastante ampla a atuação do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional, pois permite a atuação tanto na forma de legislador negativo, quanto a criação do direito de forma direta, diante a omissão legislativa, ou, ainda, quando fixa a interpretação do texto legal com a Constituição, mantendo a integralidade do texto da norma ou retirando-lhe apenas parte, além de modular os efeitos no tempo da eficácia da norma, em face da inconstitucionalidade declarada.

O tema da eficácia da norma declarada inconstitucional é tratado pelo sistema jurídico brasileiro como “modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”<sup>221</sup>. Neste aspecto, a norma de regência exige quórum qualificado, ou seja, de dois terços dos membros do Tribunal Constitucional para estabelecer a eficácia temporal da decisão moduladora, justamente visando sua maior legitimação democrática, em face da exceção aos cânones jurídicos ao se conferir eficácia jurídica a atos praticados sob a égide de norma considerada inconstitucional.

De qualquer forma, o indicativo de quórum qualificado em tema de demanda constitucional já está positivado no sistema jurídico brasileiro, merecendo ser ampliado para as demais deliberações envolvendo as demandas constitucionais, como forma de aumentar a legitimação democrática das decisões proferidas pelo tribunal constitucional, inserido na competência do Supremo Tribunal Federal.

A legitimação democrática da atuação de um tribunal constitucional, no caso brasileiro do Supremo Tribunal Federal, merece considerar também o espectro dos legitimados para propor as ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, pois abrange e

---

<sup>220</sup> No ordenamento jurídico brasileiro via Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), art. 103, § 2º, da CF/1988.

<sup>221</sup> BRASIL. Lei n. 9.868/1999. “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”; BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Art. 927, § 3º.

necessita conciliar dois pilares constitucionais: segurança jurídica e democratização do acesso às demandas constitucionais.

A atuação *in abstracto* do Supremo Tribunal Federal, na visão de Eros Roberto Grau, expressada muito antes da ampliação e consolidação do efeito vinculante das suas decisões, é no sentido de atribuir caráter de ato legislativo a esse efeito da interpretação constitucional do Tribunal<sup>222</sup>.

Quanto maior o número de pessoas e de entidades com possibilidade de propor ações constitucionais para questionar os atos normativos, maior o poder do tribunal constitucional, pois se muito extenso esse rol, sempre haverá alguém desejando questionar os atos normativos com algum interesse político, econômico ou social, a respeito das muitas leis do ordenamento jurídico. Essa realidade leva à instabilidade jurídica, na medida em que, questionada a constitucionalidade da norma, reduz-se sua respectiva eficácia, pois os destinatários terão segurança jurídica a respeito da sua validade, até a conclusão do pronunciamento judicial, o qual pode levar anos, como ocorre com certa frequência.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, esse rol de legitimados é enorme e sem limitação prévia. São autorizados: a) Presidente da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputados; d) Mesa de Assembleia Legislativa; e) Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; f) Governador de Estado; g) Governador de Estado ou do Distrito Federal; h) Procurador-Geral da República; i) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; j) partido político com representação no Congresso Nacional; l) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF/1988).

Desse rol, destacam-se os partidos políticos e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Os primeiros, em razão do grande número de partidos políticos no Brasil<sup>223</sup>, todos com possibilidade de ter representação no Congresso Nacional<sup>224</sup>. As segundas,

---

<sup>222</sup> GRAU, Eros Roberto. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debates sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 75. “Assim, a atribuição de eficácia contra todos e de efeitos vinculantes às decisões de que se trata importa em atribuir-se ao Supremo Tribunal Federal *função legislativa*. A decisão adotada contra todos e de efeito vinculante assume, evidenciadíssimamente, o caráter de *ato legislativo*. [...] Aqui, mais uma vez, o desprezo pelos valores maiores da democracia e tanta afronta à harmonia entre os poderes apenas se pode explicar como expressão de totalitarismo. Seria muito difícil para o Poder Executivo cooptar a totalidade dos membros do Poder Judiciário. A súmula vinculante reduz enormemente a extensão da linha que faz interface entre ambos. [...] E tudo assistimos sem maior indignação, porque, como se passava em relação à Roma, só nos resta ‘um tênue resquício de virtude’”.

<sup>223</sup> Vinte e nove registrados no TSE (ago. 2024). TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Partidos políticos registrados no TSE**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>224</sup> A atual legislatura tem 23 partidos com representação no Congresso Nacional. LEON, Lucas Pordeus. Cai o número de partidos no Congresso Nacional do próximo ano. **EBC**. 5 out. 2022. Disponível em:

por sua vez, não possuem limite para formação, principalmente as associações de âmbito nacional, as quais podem ser formadas em qualquer espectro social e econômico da sociedade.

Apesar da limitação temática dessas entidades da sociedade civil, isto é, só poderem questionar temas correlatos aos interesses os quais representam, a critério do Supremo Tribunal Federal<sup>225</sup>, essa realidade permite elevado número de entidades com legitimidade para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade. Viabiliza-se o questionamento da constitucionalidade de qualquer norma do ordenamento jurídico, ocasionando grande instabilidade sistêmica e incentivando a transferência das disputas políticas, econômicas e ideológicas para o Poder Judiciário, resultando no desequilíbrio do exercício das funções estatais.

Por outro lado, a amplitude de legitimados para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade sem limitação quantitativa apresenta viés positivo, no tocante à democratização de acesso, pois permite maior controle social sobre os atos normativos produzidos no sistema jurídico. Essa amplitude, todavia, também leva ao enfraquecimento do ordenamento jurídico, pois coloca sob suspeição de inconstitucionalidade inúmeros atos normativos de todas as espécies, produzidos a respeito de qualquer assunto, realidade que tem se mostrado presente no cotidiano do Supremo Tribunal Federal, o qual aprecia diariamente dezenas de temas, em qualquer ato normativo produzido por qualquer dos entes federados e seus órgãos.

Além da relativização da segurança jurídica, tem-se a concentração abissal de poder nos membros do Tribunal Constitucional, cuja atuação ativa trouxe crescente crítica social e tempo indeterminado, muitas vezes por décadas, devido à ausência de limitação temporal (mandato) política à legitimidade democrática para essa concentração de poder no exercício desse mister.

Soma-se aos aspectos anteriores, especialmente ao espectro dos legitimados, a amplitude dos meios processuais para questionar a constitucionalidade dos atos normativos perante o tribunal constitucional. O meio processual mais tradicional consiste em peticionamento (ação) diretamente no tribunal, confrontando o texto da norma impugnada com a Constituição.

---

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/politica/audio/2022-10/cai-o-numero-de-partidos-no-congresso-nacional-do-proximo-ano>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>225</sup> A pertinência temática também é tratada como conformidade dos objetivos institucionais da entidade sindical ou associação de âmbito nacional. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6372 AgR/MA. AG. REG. na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, j. 13-04-2023, public. 15-06-2023. Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur481875/false>. Acesso em: 15 nov. 2024.

No tocante aos modos de atuação, existe uma relação direta com os meios processuais de atuação criadora, os quais a Constituição brasileira ampliou significativa e crescentemente desde o princípio, seja pela amplitude dos mecanismos, seja pelo extenso rol daqueles que podem se valer desses meios processuais para obter a intervenção judicial criadora do direito no âmbito constitucional em qualquer tema legislativo ou administrativo<sup>226</sup>.

Os mecanismos atuais de atuação no contencioso constitucional, com grande capacidade de intervenção na esfera sociopolítica, são: Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Constitucionalidade; Mandado de Injunção; Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; Súmula Vinculante; Reclamação Constitucional e Declaração de Inconstitucionalidade Incidental em Recurso. Em qualquer desses meios de interpretação criativa quanto ao conteúdo das normas constitucionais em confronto com outras normas e atos administrativos, o Supremo Tribunal Federal delibera, muitas vezes de forma individual por seus membros, a respeito da validade ou invalidade de normas produzidas pelo Legislativo, muitas fruto de anos de debate e ampla votação parlamentar, e atos de gestão do Executivo, calcados na atuação dos respectivos técnicos, além de, com certa frequência, mediar as divergências entre esses Poderes, a respeito da atuação do Legislativo e não desejada pelo Executivo.

Essa crescente e ampla atuação tem como base fundamental o vasto espectro de meios ou modos de acesso ao Supremo Tribunal Federal, o qual pode deliberar a respeito de todo e qualquer aspecto da vida social e política, nas esferas pública ou privada. A esse fundamento soma-se outro igualmente basilar, consistente no amplíssimo rol daqueles que podem propor ou manusear os meios ou modos de obter dos juízes constitucionais atuação criadora e impositiva do direito, muitas vezes ainda não legislado.

É enorme o número de pessoas e de instituições detentoras do poder de apresentar os meios de intervenção criadora e impositiva *erga omnes* do direito por parte do Supremo Tribunal Federal, pois se permite a toda e qualquer confederação ou associação civil nacional,

---

<sup>226</sup> Walter Rothenburg lembra Luiz Alberto David Araujo: “Da ingênua objetividade do conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade para o juízo subjetivo e inseguro da arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma tentativa de apresentação crítica da evolução do sistema de controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988” (2003), cujo longo título é explicativo. Queixa-se o autor de que ‘ingênua objetividade inaugural de 1988’ – em que o controle concentrado de constitucionalidade fazia-se de modo amplo, em função de um critério ‘objetivo e claro’: que o objeto do controle (o ato normativo) fosse ‘dotado de generalidade e abstração’ – ‘deu lugar a uma insegura, mas sofisticada forma de controle, sem o devido aprimoramento do processo de controle social da escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal’.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ações Diretas de Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/1999: caráter concreto, critério de relevância, omissão inconstitucional e ativismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 322.

respeitada a pertinência temática, sem qualquer limitação temporal ou de quantidade; a qualquer partido político com representação congressional, quase duas dezenas; além do Presidente da República; das Mesas do Senado, da Câmara, das Assembleias Legislativas (27); dos Governadores de Estado e do Distrito Federal (27); do Procurador Geral da República; do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103 da CF/1988). São centenas de entidades com capacidade de obter pronunciamento constitucional vinculante do Poder Judiciário sobre qualquer norma do ordenamento jurídico ou ato administrativo.

Na ausência de normatização externa e específica, o critério de seleção dos temas que serão objeto de apreciação meritória pelo Supremo Tribunal Federal é, em regra, amplamente discricionário, isto é, fica a cargo dos próprios julgadores. Não há um delineamento coerente e claro, sem frequentes exceções na identificação das matérias e circunstâncias que viabilizariam a intervenção criadora do direito. Essa falta de clareza tem ampliado as críticas à atuação político-judicial do Supremo Tribunal Federal devido à instabilidade político-jurídica que ela pode gerar.

Essa realidade denota a quase inexistência de limite substancial, isto é, o texto expresso da norma, para a atuação dos juízes constitucionais como legisladores negativos, retirando do ordenamento jurídico qualquer norma produzida pelo Legislativo ou Executivo, ou, ainda, como legisladores positivos, produzindo normas inexistentes no ordenamento jurídico, até serem produzidas pelo Poder competente, ou, igualmente, pela fixação de conteúdo normativo de leis infraconstitucionais, a partir da exegese dos princípios constitucionais, o que equivale a atribuir próprio significado da norma comum, mesmo sem debate ou deliberação prévia do Legislativo ou Executivo.

No sistema brasileiro, o meio processual mais utilizado para controle abstrato de constitucionalidade das normas é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) (art. 102, I, “a”, da CF/1988), mas existem outros: a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, “a”, da CF/1988), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADCO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (art. 102, § 1º, da CF/1988).

É possível incluir dentre as possibilidades de solução de controvérsias constitucionais a edição de Súmulas Vinculantes (SV) (103-A da CF/1988) pelo Supremo Tribunal Federal, mediante provocação ou atuação de ofício, cuja decisão interpretativa da Constituição é vinculante e *erga omnes*.

Merece referência, ainda, a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de qualquer recurso em demanda judicial regular, no exercício do controle difuso de

constitucionalidade (art. 957 do CPC/2015), embora ainda não firmado o entendimento de ter a respectiva decisão eficácia geral e vinculante para além do processo em julgamento.

O enfraquecimento da legitimidade democrática, em geral, é tratado como a objeção mais forte à propagação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal<sup>227</sup>, em razão da sua grande concentração de poder, decorrente da dupla competência (atuação como tribunal constitucional, associada à ampla competência jurisdicional de cúpula do Poder Judiciário), em ambas com a possibilidade de atuação individual dos membros na mesma extensão do colegiado, ainda que provisória, se houver impugnação, aliando-se a essa realidade o exercício da função pelos membros do Tribunal por prazo ilimitado, não raro por décadas, devido à ausência de mandato. Igualmente, aumenta a concentração de poder do Supremo Tribunal Federal a existência de muitos instrumentos processuais, e de muitos legitimados para provocar o controle de constitucionalidade.

Em contraposição a essa objeção, defende-se a ampla atuação judicial na criação do direito, especialmente no âmbito das normas constitucionais correlatas aos direitos sociais, lastreada na necessidade de promover, ainda que pela intervenção do tribunal constitucional, o aprimoramento das condições sociais, econômicas e educacionais das pessoas, garantindo-lhes uma participação adequada no processo político. Esse argumento é especialmente relevante para as pessoas mais carentes de inclusão no espectro mais desenvolvido da sociedade, onde se presume haver maior liberdade política de atuação e escolha, circunstância que, em última *ratio*, favoreceria a própria democracia. Nesse aspecto, portanto, inexistiria déficit democrático na atuação do Judiciário<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 93. Embora não concorde com essa visão, Mauro Cappelletti resume o tema da legitimação judicial para atuar amplamente na criação do direito – ativismo judicial: “Essa objeção consiste na assertiva de que tal criação ‘é inaceitável porque antidemocrática’. E tal assertiva é considerada por alguns definitivamente ‘fatal’, no sentido de que ela, e ‘apenas ela’, seria a objeção decisiva porque constituiria impedimento absoluto para dita criação, em todo país desejoso de preservar seu caráter democrático. A objeção em questão desenvolve-se no sentido de que num sistema democrático é, obviamente, assegurada a independência dos juízes, mas tanto mais são esses independentes, tanto menos obrigados a ‘prestar contas’ das suas decisões ao povo ou à maioria deste e seus representantes. A criação jurisprudencial do direito, portanto, é ‘firmemente condenada’ por críticos como Lord Devlin, que conclui em 1974 a sua ‘Chorley Lecture’ com essas severas e admoestadoras assertivas: ‘É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a estrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário”.

<sup>228</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158. Miguel Gualano de Godoy sintetiza essa posição ao afirmar que Cass Sunstein argumenta que o ativismo judicial na área de direitos sociais não negligencia o critério democrático. “Pelo contrário, reconhecer os compromissos constitucionais nessa área e adotar medidas judiciais para efetivá-los ajuda a promover a deliberação democrática, ao direcionar a atenção pública a interesses que poderiam ser ignorados na vida pública diária. Essa abordagem distinta de judicialização dos

Outro fundamento adotado em prol da defesa da legitimidade democrática do ativismo judicial tem sido da obrigação constitucional de fundamentação pública das decisões, o que significaria atender à exigência de argumentação racional (art. 5º, LIV e art. 93, IX, da CF/1988). Essa argumentação racional submeteria a atividade político-jurisdicional ao controle social, garantindo que as decisões do tribunal constitucional não resultariam “de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’”<sup>229</sup>.

Outro argumento em favor da legitimidade democrática é o acesso e a proteção a grupos sociais que não conseguem atuar na esfera política legislativa ou do Executivo, mas teriam a possibilidade de obterem eficácia de princípios constitucionais por meio da jurisdição constitucional e da atuação ativa dos juízes na efetivação direta da Constituição, em favor desses grupos marginalizados do processo político convencional<sup>230</sup>.

Além disso, considerando os cidadãos individualmente e, muitas vezes, coletivamente, a acessibilidade ao tribunal constitucional é, em regra, mais ampla do que aos Poderes Legislativo e Executivo, podendo ser equiparada ao Judiciário, pois bastaria o mero peticionamento. Esse aspecto também é considerado legitimador da atuação jurisdicional ativa e criativa do direito. Essas características conferem legitimidade democrática à atuação criadora do direito e institucionalmente ampliada do tribunal constitucional nas esferas política e social, inclusive, do próprio Poder Judiciário<sup>231</sup>.

---

direitos sociais, mais democrática e favorável aos processos de diálogo e deliberação, é evidente em diversas decisões judiciais”.

<sup>229</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 98.

<sup>230</sup> SHAPIRO, Martins *apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p. 99.

<sup>231</sup> Aduz John Hart Ely, lembrado por Mauro Cappelletti: “existe um erro fundamental em pretender aplicar às outras duas formas principais do estado, a administrativa e a judiciária, os mesmos critérios que legitimam a atividade legislativa [...] quanto à jurisdição, a sua legitimação depende da forma desse tipo de atividade decisional e, principalmente, a) de sua prolação por um órgão (relativamente) independente e imparcial (‘isolamento’), e b) do requisito da existência de um ‘*case and controversy*’, no sentido de que, de modo diverso do legislador e do administrador, o juiz deve agir apenas a pedido das partes (‘concretude’) [...] Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional – criatividade do direito e valores – é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular. Os juízes não podem trazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional. E essa possibilidade [...] é real não apenas em face do direito jurisprudencial ordinário, mas também em relação ao direito jurisprudencial constitucional, em que o instrumento para tal ab-rogação ou modificação é dado pela revisão constitucional, embora esta seja rara. Deste modo, a última palavra no processo de produção do direito pertence sempre à ‘vontade majoritária’, tal como se expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p. 103; 106.

Soma-se a esses argumentos favoráveis à legitimidade na atuação proativa dos juízes constitucionais a natureza específica do processo judicial, atividade que só deve ocorrer provocada (princípio da inércia da jurisdição), e a existência de garantias institucionais para afastar pressões indevidas de qualquer natureza à atuação do tribunal constitucional, além da garantia ao contraditório.

Da mesma forma, a legitimação democrática decorreria da realidade de que a jurisprudência constitucional pode ser alterada pela atuação do Parlamento, circunstância que asseguraria, em última análise, a legitimação democrática pela manifestação da maioria na confirmação, ainda que omissiva, dessa criação jurisprudencial ou pela própria alteração legislativa do direito estabelecido jurisprudencialmente.

Esses argumentos impedem a invocação do déficit democrático absoluto na atuação do Supremo Tribunal Federal, mas não afastam a realidade de que a atividade criativa do direito demanda maior acuidade na atuação dos juízes constitucionais para não usurpar o necessário debate sociopolítico no ambiente congressional ou administrativo adequado.

Por isso, o ativismo judicial é incabível diante de normas existentes no sistema jurídico há muito tempo, fruto de uma opção legislativa clara e consolidada, e que não comprometam excessivamente as garantias fundamentais conferidas pela Constituição a qualquer grupo social. Igualmente, o ativismo judicial é desaconselhável sobre normas em confecção e com debate em curso no parlamento, pois afetaria sobremaneira o equilíbrio na função político-social de cada Poder, configurando ingerência indevida do tribunal constitucional na competência institucional do Legislativo.

A questão assume relevância similar no tocante à opção do Poder Executivo a respeito das prioridades e das preferências na adoção de políticas públicas, pois consabido da inexistência de recursos suficientes para o atendimento simultâneo de todas as demandas sociais necessárias. É inerente ao Poder Executivo eleito a escolha dessas prioridades e a forma de implementá-las. Logo, incabível a atuação judicial com a finalidade de alterar essas opções políticas, exatamente por lhe faltar legitimação, e quiçá conhecimento, para tanto. A intervenção só é cabível em casos de flagrante violação à ordem constitucional estabelecida, consideradas as opções disponíveis aos administradores públicos.

Nesse contexto, tem-se um desbalanceamento da relação entre os Poderes e a redução da legitimação democrática das decisões proferidas, o que confere pertinência às muitas críticas quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal oriundas de diversos setores da política e da sociedade.

Por isso, são relevantes as objeções contra a incessante e crescente ampliação da atividade político-social do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não são os juízes constitucionais dotados de condições intelectuais e éticas superiores, *a priori*, para lhes conferir diretamente poderes supra institucionais em relação aos demais entes estatais, sobretudo quando não asseguradas formas legitimadoras democráticas de estruturação institucional, adequação procedimental de atuação, e critérios de pluralidade na origem de investidura, além de limitação temporal na atuação individual.

A pertinência das objeções decorrem, em muito, do arcabouço institucional estabelecido pela Constituição para o Supremo Tribunal Federal, assim sintetizados: a) cumulação de funções de tribunal constitucional com a de cúpula do Poder Judiciário com competência amplíssima que abrange todos os graus de jurisdição; b) composição com número de membros pequeno para a realidade geográfica, populacional e diversidade socioeconômica do país; c) composição com origem exclusiva na indicação do Presidente da República e não plúrima, como na maioria dos tribunais constitucionais; d) membros com exercício funcional sem prazo definido, isto é, sem mandato para exercer a função de juiz constitucional e que podem atuar individualmente como o próprio colegiado, realidade que favorece a personificação e a baixa renovação intelectual no tribunal constitucional; e) funcionalmente, o Supremo Tribunal Federal tem quórum de maioria absoluta para declarar inconstitucionalidade, quando maior legitimação democrática demandaria maioria qualificada de dois terços, como ocorre nas decisões de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no aspecto correlato à eficácia temporal das decisões, somando-se o ilimitado número de legitimados e grande número de meios processuais de acesso à provocação do controle de constitucionalidade.

A legitimação democrática não é garantida pela expectativa de autocontenção do tribunal constitucional, lastreada no alvedrio pessoal exclusivo a respeito da compatibilidade de atuação dos juízes com os limites e formas de atuação, socialmente esperados, pois essa expectativa de atuação não se confirma na realidade brasileira, no curso da expansão acelerada do ativismo judicial das últimas duas décadas do Supremo Tribunal Federal.<sup>232</sup>

O grau de legitimação democrática de um tribunal constitucional, portanto, está ligado, dentre outros, aos aspectos organizacionais e funcionais citados, estabelecidos na própria Constituição. No Brasil, a elevação do grau dessa legitimidade democrática, intensa e

---

<sup>232</sup> RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 324. Para o autor, a própria jurisprudência não revela uma doutrina unificada quanto aos limites que os juízes impõem a si mesmos. É possível encontrar acórdãos que defendem uma visão muito rigorosa do dever de autolimitação judicial, enquanto outros mostram uma abordagem mais ousada, quase legislativa.

amplamente questionada na atualidade por diversos atores sociais e políticos, de imediato, demanda a revisão da estrutura de poder do Estado, com a criação de um tribunal constitucional exclusivo, além da revisão dos demais aspectos organizacionais e funcionais.

A consequência trazida pela expansão do ativismo judicial é o fortalecimento da atuação política do Supremo Tribunal Federal, já constante desde o texto constitucional originário<sup>233</sup>. Com isso, os cânones e os interesses da política eleitoral-representativa, considerada como meio de acesso, manutenção e exercício do poder estatal, são trazidos para o âmbito institucional e de atuação do Tribunal de cúpula do Poder Judiciário. Portanto, se o tribunal constitucional nele inserido eleva institucionalmente sua atuação política, tem-se como consequências que as demais forças e formas de atuação política, *lato sensu*, isto é, dos Poderes Constituídos e dos demais atores do espectro político (partidos e políticos das diversas esferas de poder público e privado, dentre outros), passam a ter interesse em atuar e influir, senão dominar, a atuação política do tribunal constitucional ou do Poder Judiciário, a fim de obter dele os resultados políticos possíveis, tal qual o fazem no regime democrático em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, os quais estão afetos à atuação essencialmente política.

Por conseguinte, tem-se um risco elevadíssimo de desconfigurar a função precípua do tribunal constitucional ou do próprio Poder Judiciário, em decorrência da atuação das demais forças políticas do Estado e da sociedade, no sentido de interferir e de obter vantagens no *jogo político* próprio do Legislativo e do Executivo, mediante a manipulação dos superpoderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal.

Agrava o quadro prejudicial à essência da jurisdição constitucional a circunstância muito própria da realidade brasileira de incomum concentração de poderes institucionais no Supremo Tribunal Federal. Este Tribunal concentra poderes jurisdicionais em qualquer natureza de litígio, tanto de primeira instância (por ex., ações originárias e mandados de segurança), quanto de segundo grau (por ex., recursos ordinários em mandado de segurança e em *habeas corpus*), além de exercer as funções próprias de um Tribunal Superior, via recurso extraordinário, no controle da constitucionalidade das decisões judiciais em qualquer causa de

---

<sup>233</sup>ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 366. Sérgio Abranches observa que o modelo adotado para o STF na Constituição conferiu ao Poder Judiciário uma “face fortemente política ao Judiciário”. Essa persona política da instituição é reforçada pela estrutura monocrática do Tribunal, que confere ampla autoridade pessoal aos ministros com ampla autonomia para tomar decisões liminares. A concessão dessas liminares no controle de constitucionalidade de decisões do Legislativo e do Executivo está particularmente sujeita a controvérsias de natureza política e às preferências subjetivas do magistrado, podendo ainda se tornar uma fonte de conflito interinstitucional. Assim, a disputa política passou a ter como palco não apenas os plenários do Congresso, como também varas e tribunais de Justiça.

outras instâncias do Poder Judiciário. Além disso, detém o comando do controle externo do Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça – CNJ) e a participação majoritária na formação do órgão de controle do processo eleitoral brasileiro (Tribunal Superior Eleitoral – TSE).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal exerce a função de tribunal constitucional, o que, na maior parte dos países, não se insere como um órgão próprio e exclusivo do Poder Judiciário. Em geral, tribunais constitucionais têm uma composição mais plural quanto à origem da composição e mandato para o exercício da função. Soma-se a tudo isso, o amplíssimo rol de instrumentos processuais constitucionais para a atuação em qualquer tema da esfera política e social do país, em todos os níveis e órgãos da federação. Esse rol, anteriormente referido, é acrescido do extenso número das instituições e pessoas com legitimidade para utilizar esses instrumentos processuais constitucionais no intuito de obterem a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto desfigurador da função jurisdicional original de tribunal de cúpula do Poder Judiciário, observa-se um crescente interesse político e social na composição e no funcionamento da instituição, além da degeneração da sua credibilidade social, ou seja, da confiança da sociedade na atuação jurisdicional primária do Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe feição de instituição política tal qual os demais Poderes. Por isso, o Tribunal tem sido considerado como desprovido do núcleo básico e imprescindível para qualquer órgão judicante: o atributo da imparcialidade e da vinculação ao texto da Constituição.

No ambiente de expansão do ativismo judicial, o crescente questionamento sociopolítico a respeito das influências exógenas sobre a atividade hermenêutica do Supremo Tribunal Federal tem se refletido no sentimento de confiança da sociedade, e, por consequência, abalado a crença na legitimidade democrática. Essa degeneração de credibilidade é identificada tanto na opinião pública, quanto na manifestação das entidades da sociedade civil organizada. São percepções amplamente difundidas pela imprensa profissional e pelas pesquisas de opinião pública<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> INGIZZA, Carolina. 50,9% afirmam não confiar nos ministros do STF e 42,3% dizem confiar, aponta pesquisa. **Portal Jota**. 15 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/509-afirmam-nao-confiar-nos-ministros-do-stf-e-423-dizem-confiar-aponta-pesquisa-15022024>. Acesso em: 15 nov. 2024; CARTA CAPITAL. **Avaliação positiva do STF cai de 31% para 14%, aponta pesquisa**. 01 jun. 2024. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/avaliacao-positiva-do-stf-cai-de-31-para-14-aponta-pesquisa/>. Acesso em: 15 nov. 2024; VIEIRA, Oscar Vilhena. O grande bazar de direitos. **Folha de S.Paulo**. 12 jul. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2024/07/o-grande-bazar-de-direitos.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024; FUCS, José. Fala de Barroso turbina críticas ao viés político do STF e ao ativismo judicial. **Estadão**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/jose-fucs/fala-de-barroso-turbina-criticas-ao-vies-politico-do-stf-e-ao-ativismo-judicial/>. Acesso em: 15 nov. 2024; SILVA, Ruy Martins Altenfelder. Politização da Justiça e ativismo judicial. Independência e harmonia dos Poderes são indispensáveis ao Estado de Direito. 01 dez. 2020. **O Estado de S.Paulo**. Disponível em:

## 5 TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS – ALGUNS PARADIGMAS – BREVE COMPARAÇÃO ORGANIZACIONAL E FUNCIONAL DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta seção, as informações trazidas têm como intuito traçar um panorama de alguns tribunais constitucionais, situados em diferentes continentes, ainda que não comparativo nos aspectos da efetividade e aceitabilidade das decisões no âmbito específico de cada país, mas reveladores do panorama correlato aos temas considerados relevantes neste trabalho para se apurar o grau de legitimação democrática no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. São dados comparativos a serem estudados com base na realidade do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, faz-se referência ao tribunal constitucional de 15 países, os quais incluem América do Sul, América do Norte, Europa, África e Ásia. São eles: Brasil, Argentina, Paraguai, EUA, Portugal, Espanha, Alemanha, Áustria, República Tcheca, Bulgária, Itália, França, Reino Unido, Egito, África do Sul e Coreia do Sul.

Os temas considerados para a referência comparativa dos tribunais constitucionais são: 1) quanto à posição do tribunal constitucional na estrutura do Estado – vinculação ao Poder Judiciário como no Brasil; 2) quanto à forma de composição e quantidade de membros no tribunal constitucional; 3) quanto à origem dos membros do tribunal constitucional considerando que a indicação dos 11 membros ocorre exclusivamente pelo Chefe do Executivo; 4) quanto à duração da atividade dos membros no tribunal constitucional, isto é, com ou sem mandato, tendo em vista que, no Brasil, não existe limite, ou seja, o exercício da função de juiz constitucional é vitalício até a aposentadoria compulsória aos 75 anos.

A partir dos dados obtidos por diversas fontes de pesquisa, evidencia-se a grande variedade de organização dos tribunais constitucionais em relação aos aspectos considerados mais relevantes. Evidencia-se, assim, a existência de outros modelos passíveis de consideração e reflexão para sugerir o aprimoramento da realidade institucional da jurisdição constitucional

---

<https://www.estadao.com.br/opiniao/espaco-aberto/politizacao-da-justica-e-ativismo-judicial/> Acesso em: 15 nov. 2024; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia desafiada. 19 jun. 2024. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhena/2024/06/supremocracia-desafiada.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024; GUIMARÃES, Artur. STF fixa parâmetros para intervenção do Judiciário em políticas públicas. 11 jul. 2023. **Portal Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-fixa-parametros-para-intervencao-do-judiciario-em-politicas-publicas-11072023>. Acesso em: 15 nov. 2024; LOPES, Othon de Azevedo. O STF está se apropriando de prerrogativas do Congresso? SIM. 26 jul. 2024. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/07/o-stf-esta-se-apropriando-de-prerrogativas-do-congresso-sim.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024; SILVA, Roberto Dias da. O STF está se apropriando de prerrogativas do Congresso? NÃO. 26 jul. 2024. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/07/o-stf-esta-se-apropriando-de-prerrogativas-do-congresso-nao.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024.

brasileira, visando melhorar o grau de legitimação democrática atual, sem olvidar as características sociopolíticas de cada país como elementos indispensáveis para a legitimação e a efetividade dos tribunais constitucionais, mas que não são objeto deste estudo.

### 5.1 Quanto à posição do tribunal constitucional na estrutura do Estado – vinculação ao Poder Judiciário como no Brasil

No tocante a esse aspecto, tem-se dos espectros essências quanto à localização do tribunal constitucional na estrutura do Estado, quais sejam: Poder autônomo ou órgão vinculados ao Poder Judiciário.

*não vinculados ao Poder Judiciário:* Portugal<sup>235</sup>, Espanha, Alemanha, Áustria, República Checa, Bulgária<sup>236</sup>, Itália<sup>237</sup>, França<sup>238</sup>

*vinculados ao Poder Judiciário:* EUA, Reino Unido, Paraguai<sup>239</sup>, Coreia do Sul<sup>240</sup>, Argentina, África do Sul<sup>241</sup> e Egito<sup>242</sup>

<sup>235</sup> PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-apresentacao.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>236</sup> EUROPEAN JUSTICE. **Sistemas de Justiça Nacionais**. Bulgária. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>237</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Controle de constitucionalidade dos *decreti-legge*: uma experiência italiana. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n. 146, abr.-jun. 2000. “A jurisdição constitucional italiana tem como característica essencial a natureza concentrada dos seus juízos em um órgão novo e especializado. Muito embora seja dominante na doutrina a qualificação da Corte Constitucional como autoridade jurisdicional, a própria, em sentença de 1960 (número 13), afirma sua função de controle constitucional e seu caráter político, negando poder ser incluída entre os órgãos judiciários de qualquer tipo”.

<sup>238</sup> “O modelo constitucional francês não segue os princípios de iguais tribunais europeus ou americanos e não tem parâmetro no mundo contemporâneo, porquanto possui funções eminentemente políticas, movimentado através da iniciativa do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente da Assembléia, do Senado ou de sessenta deputados e senadores; pessoa física não tem legitimidade para suscitar o controle de constitucionalidade”. CARDOSO, Antonio Pessoa. O Conselho Constitucional Francês. **Migalhas**. 6 mar. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/21710/o-conselho-constitucional-frances>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>239</sup> PARAGUAI. Constituição. “Art. 247. O Poder Judiciário é o guardião desta Constituição”.

<sup>240</sup> “Segundo o art. 111, Seção 1, da Constituição, a Corte Constitucional tem suas competências espalhadas em cinco atividades: 1) controle de constitucionalidade de leis requerido pelas cortes ordinárias; 2) *impeachment* de autoridades; 3) dissolução de partidos políticos; 4) disputas relativas a competências entre órgãos estatais e governos locais; e 5) reclamações constitucionais (remédio contra o exercício ou o não-exercício do poder público ou questionamento da constitucionalidade de uma lei ou, ainda, em grau de recurso contra decisões de tribunais ordinários)”. LEAL, Saul Tourinho. A Corte Constitucional da Coreia do Sul vista por dentro. 27 jun. 2018. **Site Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/conversa-constitucional/282613/a-corte-constitucional-da-coreia-do-sul-vista-por-dentro>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>241</sup> ÁFRICA DO SUL. Constituição. Seção 166: Sistema Judicial – Os tribunais são: 1. O Tribunal Consitucional”.

<sup>242</sup> EGITO. Constituição. “Section Four. The Supreme Constitutional Court – Article 191. Independence, seat, budget, General Assembly - The Supreme Constitutional Court is an independent judicial body”.

## 5.2 Quanto à forma de composição e quantidade de membros no tribunal constitucional

A composição de tribunais constitucionais com mais de 11 membros, número adotado para o Supremo Tribunal Federal, é comum em países com realidade geográfica-populacional muito diversa e menor que o Brasil: Portugal (13), Espanha (12), Alemanha (16), Áustria (14 mais suplentes), República Tcheca (15), Bulgária (12), Itália (15), Reino Unido (12).

Menos de 11 membros no tribunal constitucional são encontrados em: EUA (9), Coreia do Sul (9), Paraguai (9), Argentina (9), França (9, mais ex-Presidentes sem frequente atuação no Conselho Constitucional).

Com 11 membros no tribunal constitucional, como no Brasil: África do Sul e Egito

## 5.3 Quanto à origem dos membros do tribunal constitucional considerando a indicação dos 11 membros para o STF de forma exclusiva pelo Chefe do Executivo

Nesse aspecto, relevante ressaltar a forma de escolha de alguns tribunais constitucionais, considerando a origem dessa indicação pelo Presidente da República, como no Brasil.

*Menos de 11 membros indicados exclusivamente pelo Chefe do Poder Executivo*

- ✓ *EUA*: os 9 membros são indicados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado. A escolha ocorre entre juristas do serviço público, advogados e professores de direito<sup>243</sup>.
- ✓ *Argentina*: os 9 membros são indicados pelo chefe do Poder Executivo, dentre juristas com no mínimo 8 anos de advocacia, mediante aprovação do Senado, renovada quando qualquer membro completa 75 anos de idade (art. 99 da Constituição Argentina).

---

<sup>243</sup> DEBUSMANN JR., Bernd. Como a Suprema Corte dos EUA virou campo de batalha política. Quem são os juízes? **BBC News**. 17 jul. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4ng7907p80o#:~:text=Tr%C3%AAs%20deles%20E2%80%9320Neil%20Gorsuch%2C%20Brett,foram%20indicados%20por%20Barack%20Obama>. Acesso em: 15 nov. 2024.

*Menos de 11 membros, indicados por fontes estatais diversas*

- ✓ *França*: dos 9 membros do Conselho Constitucional, a proporção é de um terço pelo Presidente da República, sem aprovação do parlamento, um terço pelo Presidente do Senado e um terço pelo Presidente da Assembleia Nacional (art. 56 da Constituição da França). O Conselho constitucional compreende 9 membros, cujo mandato dura 9 anos e não é renovável. O Conselho constitucional se renova por terços a cada 3 anos. Além dos 9 membros previstos, fazem legalmente parte do Conselho Constitucional os ex-presidentes da República em caráter vitalício. O presidente é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante no caso de empate. Os membros do *Conseil constitutionnel* são substituídos pelo menos 8 dias antes do termo do seu mandato. A lei permite que um membro se demita enviando uma carta ao *Conseil*. Nesse caso, sua substituição deve ocorrer em até um mês; suas funções são mantidas até a tomada de posse do seu sucessor. Mais célere é a substituição de um membro que tenha sido destituído das suas funções, por ter exercido uma atividade ou aceitado um cargo incompatível com as do *Conseil constitutionnel*, por ter deixado de estar na posse dos seus direitos civis e políticos, ou por ter uma incapacidade física que o impossibilite de cumprir suas funções, que se realiza em até uma semana após a tomada de conhecimento do *Conseil* dessa situação. Em qualquer destes casos, os nomeados em substituição cumprem o mandato até o fim e podem ser nomeados para novo mandato, desde que não tenham exercido as funções de membro do *Conseil constitutionnel* por mais de 3 anos.
- ✓ *Paraguai*: todos os 9 membros<sup>244</sup> são nomeados pelo Supremo Tribunal de Justiça, mediante proposta do Conselho da Magistratura.
- ✓ *Coreia do Sul*: dos 9 membros, 3 são indicados pelo Poder Executivo (Presidente), 3 pelo Legislativo (Parlamento) e 3 pelo Judiciário (Presidente as Suprema Corte)<sup>245</sup>.

<sup>244</sup> PARAGUAI. Constituição. “Art. 251: “Os membros dos tribunais e tribunais de toda a República serão nomeados pelo Supremo Tribunal de Justiça, sob proposta do Conselho da Magistratura”; “Art. 258: Os requisitos para ser membro do Supremo Tribunal de Justiça, ter nacionalidade paraguaia natural, ter completado trinta e cinco anos, possuir o título universitário de doutor em direito e ser de notória honra. Além disso, ter exercido efetivamente durante o mandato de dez anos, pelo menos, a profissão, a magistratura judicial ou a cátedra universitária em matéria jurídica, em conjunto, isoladamente ou sucessivamente”; Art. 261: Só podem ser destituídos por decisão política. Eles cessarão seus cargos aos 75 (setenta e cinco) anos”.

<sup>245</sup> KOREAN CULTURAL CENTER. **Sobre nós**. Disponível em: <https://brazil.korean->

## Com 11 membros no tribunal constitucional como o Brasil no Supremo Tribunal Federal

### *11 membros indicados exclusivamente pelo Chefe do Poder Executivo*

- ✓ *Brasil*: os 11 membros são indicados exclusivamente pelo Presidente da República, com aprovação do Senado.
- ✓ *África do Sul*: os 11 membros são indicados pelo Presidente da República, a partir de lista *Judicial Service Commission*<sup>246</sup>.

### Com 11 membros indicados também por outros entes estatais

- ✓ *Egito*: dos 11 membros, 1 pelo chefe do Executivo (Presidente do Tribunal), os demais pela indicação do Judiciário, sendo 5 pelo Presidente do Tribunal e 5 pelo colegiado do Tribunal; dois terços de juízes e um terço de advogados e professores. Qualquer mulher ou homem qualificado que seja uma pessoa apta e adequada pode ser nomeado funcionário judicial.

### Com mais de 11 membros no tribunal constitucional

#### *Com mais de 11 membros indicados exclusivamente pelo Chefe do Poder Executivo*

- ✓ *República Tcheca*: os 15 membros são nomeados pelo chefe do Executivo, com aprovação pelo Senado.

#### *Com mais de 11 membros indicados também por outros entes estatais*

- ✓ *Reino Unido*: 12 membros, sendo 11 oriundos da Câmaras dos Lordes, Poder Legislativo, que passaram a compor a *Supreme Court of The United Kingdom*

---

culture.org/pt/1022/korea/776. Acesso em: 15 nov. 2024; LEAL, Saul Tourinho. A Corte Constitucional da Coreia do Sul vista por dentro. 27 jun. 2018. **Site Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/conversa-constitucional/282613/a-corte-constitucional-da-coreia-do-sul-vista-por-dentro>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>246</sup> FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

(Tribunal Constitucional), criada em 2009; o 12º membro e as vacâncias dos outros 11 serão escolhidos pelo rei, por encaminhamento do Primeiro-Ministro, após seleção de comissão com oitiva de magistrados, Primeiro-Ministro da Escócia, Primeiro Secretário da Assembleia do País de Gales e Secretário de Estado da Irlanda do Norte.

- ✓ *Espanha*: dos 12 membros nomeados pelo Rei, sendo 4 por proposta do Congresso, mediante maioria de três quintos dos respectivos membros; 4 propostos pelo Senado com mesmo quórum de aprovação; 2 pelo governo; e 2 pelo Conselho Geral do Poder Judicial, dentre magistrados, advogados, funcionários públicos, membros do equivalente brasileiro ao ministério público (fiscais), com mais de 15 anos de atividade profissional. Obrigatoriamente são substituídos por terços de 3 em 3 anos, após cumprir seu mandato de 9 anos<sup>247</sup>.
- ✓ *Bulgária*: dos 12 membros, 4 são indicados pelo Chefe do Executivo, 4 pelo Legislativo (Assembleia Nacional) e 4 pelo Judiciário (Assembleia dos Juízes dos Tribunais Superiores). A composição do Tribunal Constitucional é renovada de 3 em 3 anos a partir de cada quota, em ordem de rotação estabelecida por lei. Para nomeação, devem ser advogados de elevada integridade profissional e moral e com pelo menos 15 anos de experiência profissional<sup>248</sup>.
- ✓ *Portugal*: os 13 membros do Tribunal Constitucional, composto por juízes do Poder Judiciário e/ou por profissionais da área jurídica com reconhecimento político-social, juristas, titulares de grau acadêmico de doutor, mestre ou licenciado em direito, os quais geralmente são professores universitários, advogados ou membros do Ministério Público. (artigo 222º, n. 1 e 2 da Constituição de Portugal). A escolha ocorre pela indicação de 10 membros pelo Poder Legislativo (Assembleia da República), por maioria de dois terços dos deputados presentes ou absoluta dos que se encontrem no

---

<sup>247</sup> ESPANHA. “Artigo 159, n. 1, da Constituição. São causas de cessação das funções de juiz do Tribunal: morte; renúncia; caducidade do mandato; caso incorram em qualquer causa de incapacidade das previstas para os membros do poder judicial; por incompatibilidade superveniente, por não terem cumprido com diligência os deveres do cargo; por terem violado a reserva própria da função; se tiverem sido declarados civilmente responsáveis por dolo ou condenados por dolo ou negligência grave”.

<sup>248</sup> O mandato de juiz caduca se: a) expiração do mandato; b) renúncia apresentada ao Tribunal Constitucional; c) entrada em vigor de sentença definitiva de prisão por crime doloso; d) incapacidade permanente de facto para o exercício das suas funções há mais de um ano; e) incompatibilidade com um cargo ou atividade a que se refere o artigo 147º, 5º, e f) morte. REDE UFSC. **Sistema de Prevenção de Ataques**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21362-21363-1-PB.htm>. Acesso em: 15 nov. 2024.

exercício da função (art. 163, “i”, da Constituição de Portugal). Em relação aos outros 3, a indicação ocorre pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 222, n. 2, da Constituição de Portugal) denominada cooptação, visando reduzir a influência parlamentar evidente na composição; é necessária maioria qualificada de 70%, ou seja, 7 votos para ser aprovada (art. 19º, nº 4, da Lei do Tribunal Constitucional).

- ✓ *Áustria*: dos 14 membros, 8 são indicados pelo governo federal, 3 pelo Conselho Nacional e 3 pelo Conselho Federal. A indicação dos suplentes não segue a mesma ordem. A escolha ocorre entre juristas do serviço público e professores de direito e ciência política das universidades<sup>249</sup>
  
- ✓ *Itália*: dos 15 membros, 5 são indicados pelo Poder Executivo (Presidente da República), 5 pelo Legislativo (Parlamento em sessão conjunta) e 5 pelo Judiciário (juízes dos Tribunais Superiores). Os juízes do tribunal Constitucional são escolhidos por magistrados também reformados das jurisdições superiores ordinária e administrativas, os professores catedráticos de universidades em matérias jurídicas e os advogados após 20 anos de exercício<sup>250</sup>.
  
- ✓ *Alemanha*: dos 16 membros do Tribunal Constitucional, 8 são indicados pelo Parlamento e 8 pelo Conselho Federal Alemão, o qual tem função legislativa com representantes dos entes federados<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> PORTUGAL. **Assembleia da República**. Composição do Tribunal Constitucional: Enquadramento Internacional. Disponível em: <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Sinteses/80.ComposicaoTC/80.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>250</sup> ITALIA. **Senato della Repubblica**. Disponível em: [https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_PORTOGHESE.pdf). Acesso em: 15 nov. 2024.

<sup>251</sup> ALEMANHA. Constituição. “Art. 94. Alguns tratam o Conselho Federal Alemão como similar ao senado, em face das funções legislativas e representação composta de representantes dos Estados membros”.

**5.4 Quanto à duração da atividade dos membros no tribunal constitucional, isto é, com ou sem mandato, considerando que no Brasil não existe limite (é vitalício o exercício da função de juiz constitucional até aposentadoria compulsória aos 75 anos)**

Tal aspecto é extrema relevância para a caracterização de um tribunal constitucional exclusivo, na medida em que propicia a despersonificação e renovação desse órgão estatal, responsável pelo arbitramento dos conflitos entre os demais poderes, sendo renovação elemento essencial para a elevação do nível de legitimação democrática e, por isso, é adotado na grande maioria dos países que adotam o sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas e dos atos administrativos.

*vitalícios com ou sem aposentadoria compulsória em determinada idade*

✓ França

*sem aposentadoria compulsória em determinada idade*

- ✓ *EUA*: sem limite (vitalício). Sem aposentadoria compulsória.
- ✓ *Reino Unido*: sem mandato (vitalício). Sem aposentadoria compulsória.
- ✓ *Argentina*: sem mandato (vitalício). Sem aposentadoria compulsória, mas com nova aprovação pelo Senado aos 75 anos.

*vitalícios com aposentadoria compulsória em determinada idade*

- ✓ *Brasil*: sem mandato (vitalício). Aposentadoria compulsória aos 75 anos.
- ✓ *Áustria*: sem mandato (vitalício). Aposentadoria compulsória ao final do ano em que
- ✓ completam 70 anos.
- ✓ *Egito*: sem mandato (vitalício). Aposentadoria compulsória aos 75 anos.
- ✓ *Paraguai*:<sup>252</sup> sem mandato (vitalício). Aposentadoria compulsória aos 75 anos.

---

<sup>252</sup> PARAGUAI. Constituição. “Art. 261. Os ministros do Supremo Tribunal de Justiça só podem ser destituídos por decisão política. Eles cessarão seus cargos aos setenta e cinco anos”.

### **Com mandato até 10 anos, sem recondução, com ou sem aposentadoria compulsória**

#### *Com mandato até 10 anos, sem recondução, com aposentadoria compulsória*

- ✓ *Portugal*: mandato de 9 anos. Sem recondução. Aposentadoria compulsória aos 70 anos para os membros oriundos da magistratura.
- ✓ *Espanha*: mandato de 9 anos. Sem recondução. Aposentadoria compulsória aos 70 anos para os membros oriundos da magistratura.
- ✓ *Bulgária*: mandato de 9 anos. Sem recondução. Aposentadoria compulsória aos 68 anos.
- ✓ *Itália*: mandato de 9 anos. Sem recondução. Aposentadoria compulsória aos 68 anos.

#### *Com mandato até 10 anos, sem recondução, sem aposentadoria compulsória*

- ✓ *França*: mandato de 9 anos, sem recondução, sem aposentadoria compulsória<sup>253</sup>
- ✓ *República Tcheca*: mandato de 10 anos, sem recondução, sem aposentadoria compulsória<sup>254</sup>.

#### *Com mandato até 10 anos, com recondução, com aposentadoria compulsória*

- ✓ *Coreia do Sul*: mandato de 6 anos, com recondução. Aposentadoria compulsória aos 70 anos.

#### *Com mandato até 10 anos, com recondução, sem aposentadoria compulsória*

---

<sup>253</sup> FRANÇA. Constituição. “Art. 56º: O Conselho constitucional compreende nove membros, cujo mandato dura nove anos e não é renovável. O Conselho constitucional se renova por terços a cada três anos. Três dos membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado. O procedimento previsto no último parágrafo do artigo 13 é aplicável a essas nomeações. As nomeações efetuadas pelo presidente de cada assembleia ficam sujeitas unicamente ao parecer da comissão permanente competente da assembleia em questão. Além dos nove membros previstos acima, fazem legalmente parte do Conselho Constitucional os ex-presidentes da República em caráter vitalício. O presidente é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante no caso de empate.”

<sup>254</sup> REPÚBLICA TCHECA. Constituição. “Art. 84: “(1) *The Constitutional Court shall consist of fifteen Justices appointed for a term of ten years*”. “Art. 86: (2) *A Justice of the Constitutional Court may be detained only if he is apprehended while committing a criminal act or immediately thereafter. The competent agency shall report the detention without delay to the Chairman of the Senate. If the Chairman of the Senate does not consent within twenty-four hours of the detention to delivery of the detainee to a court, the competent agency shall release the latter. At its first subsequent meeting the Senate shall decide on admissibility of the criminal prosecution with final validity*”.

- ✓ não citado neste trabalho tribunal com essas características

**Com mandatos superiores a 10 anos, sem recondução, com ou sem aposentadoria compulsória**

*Com mandatos superiores a 10 anos, com recondução, com aposentadoria compulsória*

- ✓ África do Sul: mandato de 12 anos, sem recondução em regra, com aposentadoria compulsória aos 70 anos, mas possibilidade de ser estendido por ato do Parlamento<sup>255</sup>.

*Com mandatos superiores a 10 anos, sem recondução, com aposentadoria compulsória*

- ✓ Alemanha: mandato de 12 anos. Sem recondução. Aposentadoria compulsória aos 68 anos.

---

<sup>255</sup>ÁFRICA DO SUL. Constituição. “Art. 176. A Constitutional Court judge holds office for a non-renewable term of 12 years, or until he or she attains the age of 70, whichever occurs first, except where an Act of Parliament extends the term of office of a Constitutional Court judge” (substituted by s. 15 of the Constitution Sixth Amendment Act of 2001).

## 6 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXCLUSIVO NO BRASIL COMO APERFEIÇOAMENTO DA EFICÁCIA DO ESTADO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Dada a necessidade de aumentar a eficácia e o grau da legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira, é de bom alvitre que, em algum momento, seja promovida a reorganização da arquitetura de acesso e de exercício do poder do Estado, dentre outros, no tocante à jurisdição constitucional, a fim de que esta seja exercida por um tribunal constitucional desvinculado dos Poderes constituídos, inclusive do Judiciário, e detentora de competência exclusiva para analisar o controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos, como ocorre na maioria dos países que possuem esse modelo de jurisdição constitucional, sobretudo porque nesse modelo de jurisdição constitucional inexistente a autocontenção da *political question*, própria do sistema americano do *judicial review*,<sup>256</sup> realidade essa que demanda maior atenção à estruturação do Estado, no tocante ao controle de constitucionalidade.

Igualmente, esse objetivo de maior eficácia e legitimação demanda o aperfeiçoamento de aspectos específicos, quanto à estrutura organizacional e às funcionalidades de atuação do órgão responsável pela jurisdição constitucional, sobretudo no tocante à fixação de mandato para os membros de um tribunal constitucional e à escolha advinda de origens diversas e não apenas da indicação do Chefe do Poder Executivo, como ocorre também na grande maioria dos tribunais constitucionais, mesmo naqueles vinculados ao Poder Judiciário.

Aspectos processuais e procedimentais merecem reflexão, dentre eles, os legitimados e os meios de provocação da jurisdição constitucional; a prevalência exclusiva do julgamento colegiado; os procedimentos de interrupção do julgamento e a extensão da virtualização do julgamento.

A proposição *de lege ferenda* tem enfoque e embasamento na esfera jurídica, e não na ciência política, pois indica a estrutura jurídica do Estado que melhor atende à eficácia e à legitimação democrática na proteção e concreção da Constituição. Esse objetivo será melhor alcançado com a criação de um órgão estatal com a razão de ser e a funcionalidade voltadas com exclusividade para impor a autoridade da Constituição aos Poderes constituídos e assegurar

---

<sup>256</sup>É pacífico na jurisprudência constitucional norte-americana que a interpretação da Constituição em certas questões fica a cargo dos poderes de caráter eminentemente político – notadamente o Congresso e o Presidente.” LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 30.

a eficácia dos direitos e garantias fundamentais à sociedade, mediante o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das normas e dos atos do poder público.

A natureza institucional desse órgão é diversa daquela existente na atuação do Poder Judiciário e necessita de cânones diferentes desse Poder constituído. A absorção desse órgão pelo Judiciário prejudica os objetivos de assegurar eficácia e concreção da Constituição. “Ao propor uma sistemática eficaz de jurisdição constitucional, Kelsen descarta, desde logo, que os próprios órgãos estatais que produziram os atos normativos efetuem o seu controle,”<sup>257</sup> sendo inarredável a independência dos demais Poderes e órgãos do Estado.

Logo, não se trata de proposição de natureza política ou do sistema político como elemento central, mas de meio institucional necessário à viabilização adequada da eficácia democrática do sistema jurídico constitucional. Trata-se, portanto, da eficácia democrática do projeto de desenvolvimento civilizatório estabelecido na Constituição que é, essencialmente, uma norma jurídica e não política, apenas, conforme adotado pela teoria constitucional contemporânea.

A cumulação de competência pelo Supremo Tribunal Federal diante do largo espectro de atuação – do Judiciário e de um tribunal constitucional –, demanda reflexão da conveniência em manter-se essa realidade como a melhor estruturação para a eficiência da jurisdição constitucional brasileira e para o equilíbrio entre os Poderes. Isto porque, esse sistema estatal de organização já reflete no senso comum tanto a disfuncionalidade do modelo atual, como o elevado prejuízo à legitimidade no exercício desse poder, realidade demonstrada cotidianamente no grau de rejeição sociopolítica decorrente da crítica ampla e frequente a respeito das circunstâncias envolvendo as decisões do Tribunal, sobretudo quanto aos temas polêmicos e complexos, geradores de impacto relevante na sociedade.

A concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal que desequilibra o sistema de *check and balances* decorre, igualmente, dentre outros fatores, da inexistência de limite temporal para o exercício da função de juiz constitucional (mandato), e do método de escolha dos membros do tribunal, historicamente atribuída à exclusiva indicação pelo chefe do Poder Executivo, mediante aprovação formal pelo Senado que pouco contribui para a escolha. Além disso, os diversos meios processuais e procedimentos internos de atuação, somados aos inúmeros legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade também

---

<sup>257</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50-53.

contribuem para a realidade institucional de que um dos Poderes do Estado funciona como ente jurídico-político superior aos demais.

No contexto do ativismo judicial já incorporado à cultura político-jurídica brasileira, o resultado hermenêutico da atuação do tribunal constitucional tem coerção vinculante como a lei e, por isso, se aproxima da atividade legislativa. Ao mesmo tempo, contém poderes não inseridos no âmbito próprio do Judiciário, o qual age para impor o poder vinculante da lei produzida pelo Parlamento, ou de norma de competência do Executivo, enquanto o tribunal constitucional é competente para impor a obediência *erga omnes* de suas decisões, valendo-se de mecanismos diversos da atuação judiciária, justamente para identificar e legitimar a escolha criativa do conteúdo normativo, como *amicus curiae*, audiências públicas, e interpretação da lei conforme à Constituição.

A origem congressual da Constituição de 1988 influenciou profundamente a estrutura e a organização do poder estatal, preservando, em grande parte, as bases existentes ao longo do período republicano, devido à realidade sociopolítica então vigente, condicionada pela necessidade de transição pacífica do regime militar. Esse contexto resultou na manutenção de várias instituições, incluindo a inserção do tribunal constitucional dentro da estrutura do órgão de cúpula do Poder Judiciário<sup>258</sup>

“Nesse contexto, é possível afirmar que, do ponto de vista de modelos ideais, há uma indefinição na atuação do STF, cujo perfil institucional varia, conforme a oportunidade, entre o Tribunal Constitucional e o ‘órgão de cúpula do Poder Judiciário’”, pontua Carlos Horbach<sup>259</sup>.

O resultado disso é o crescimento da preponderância institucional do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, gerando distorções e desequilíbrios que afetam a convivência entre eles, além de críticas e desconfianças nas esferas política e social, tanto da atividade de tribunal constitucional, quanto na de cúpula do Poder Judiciário, frequentemente denominada “crise entre os poderes”.

Nessa realidade, a combinação do controle difuso de constitucionalidade, típico do sistema americano, com o controle abstrato e concentrado, característico do sistema europeu, gera um arranjo institucional que coloca em evidência o desafio do enfrentamento entre o

---

<sup>258</sup> O poder constituinte originário, embora inovador, já nasceu condicionado por uma forma de Estado (a federação), uma forma de governo (a república) e pelos efeitos decorrentes dessas escolhas. Além disso, muitos constituintes já estavam envolvidos na continuidade de suas funções legislativas, tendo alguns senadores sido eleitos antes mesmo da convocação da Assembleia. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. São Paulo: Del Rey, 2017, p. 450.

<sup>259</sup> HORBACH, Carlos Bastide. É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 22 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-22/observatorio-constitucional-preciso-definir-funcao-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

legislador e o juiz constitucional, além da complexidade institucional que exige deste último o desenvolvimento de decisões com fundamentação cada vez mais politicamente sofisticada e precisa. No entanto, no caso do Supremo Tribunal Federal, esse refinamento é dificultado pelo excesso de litígios não constitucionais que o sobrecarrega na condição de órgão jurisdicional do topo do Poder Judiciário<sup>260</sup>, associado à competência para julgar os muitos litígios individuais nos quais estão envolvidos os interesses pessoais de autoridades públicas, como as ações penais de parlamentares e de altos funcionários do Executivo e do próprio Judiciário<sup>261</sup>. Para além disso, o Supremo Tribunal Federal é responsável por julgar os litígios de interesses econômicos de muitas categorias sociais poderosas, empresariais, trabalhistas ou da sociedade civil organizada.

A amplíssima competência de Poder Judiciário do Supremo Tribunal Federal se revela na quantidade de julgamentos de dezenas de milhares de processos anualmente, pois atua como juízo de primeiro grau em diversos processos administrativos e penais<sup>262</sup>. Igualmente, atua como juízo revisor de segundo grau, em recurso ordinário em *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, da CF/1988). Compete-lhe, igualmente, em sede de recurso extraordinário e respectivos procedimentos antecedentes<sup>263</sup> ou subsequentes,<sup>264</sup> a atuação no controle difuso de todas as decisões judiciais proferidas com fundamento na Constituição Federal, por 39 Tribunais Judiciários do país<sup>265</sup>, dentre outros órgãos judicantes. Além disso, cabe ao Supremo Tribunal Federal gerir e decidir conflitos envolvendo o CNJ, órgão de controle do Poder Judiciário, do qual cabe-lhe também a direção e gestão, além de atuar na maior parte da jurisdição do Tribunal Superior Eleitoral, mediante a participação de 4 membros (2 titulares e 2 suplentes), além de escolher e indicar os candidatos a outras 2 vagas (2 de titular e 2 de suplente) daquele Tribunal (vagas de juristas-advogados).

---

<sup>260</sup> FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 36.

<sup>261</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 102, I, “b”, “c” e “d”. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente infrações penais comuns do Presidente e Vice-Presidente da República, dos membros do Congresso Nacional, dos próprios Ministros e do Procurador Geral da República. Além destes, também nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, Ministros dos Tribunais Superiores, Ministros do Tribunal de Contas da União, e Chefes de Missão Diplomática de Caráter Permanente. Igualmente, mandados de segurança contra atos administrativos do Presidente da República, das Mesas Diretoras da Câmara e do Senado, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República e do próprio STF.

<sup>262</sup> Por exemplo, as ações de desapropriação subscritas pelo Chefe do Poder Executivo, questionadas via mandado de segurança, e todas as ações penais envolvendo o Chefe do Executivo, Parlamentares, juízes dos Tribunais Superiores e Tribunal de Contas da União, Ministros de Estado, atos do CNJ, dentre outros muitos elencados no art. 102, I, da CF/1988.

<sup>263</sup> Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário.

<sup>264</sup> Recursos internos no STF, como agravo regimental, embargos de declaração e embargos de divergência.

<sup>265</sup> 27 tribunais estaduais, 1 tribunal distrital, 6 tribunais regionais federais, 4 tribunais superiores (STJ, TST, TSE).

Por outro lado, a competência de tribunal constitucional do Supremo Tribunal Federal traduz fonte primária do direito, mediante a identificação direta da norma jurídica, inserida ou não, no texto normativo, a fim de conferir concretude à Constituição, quando confrontada com qualquer outra norma jurídica ou ato estatal, de forma vinculativa a todos os órgãos estatais. É permitido, inclusive, dispor a respeito da temporalidade na aplicação da interpretação constitucional, em face do passado, do presente ou do futuro, mediante a modulação dos efeitos no tempo das decisões proferidas na condição de tribunal constitucional. O volume desse contencioso constitucional é igualmente significativo, considerando a significativa demanda de normas das 27 unidades federadas do Brasil, além da própria normatividade da União Federal e respectivas regulamentações de políticas públicas, volume, no momento, superior a 7 mil ações apenas de inconstitucionalidade.

Por outro lado, sob a óptica da atuação como órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal se insere na realidade de que as cortes superiores se vinculam “a uma compreensão cognitivista do direito”, ou seja, o colegiado, em suas decisões, declara o conteúdo de normas pré-existentes, formando uma jurisprudência uniforme de controle, sem que suas razões sejam consideradas fontes primárias do direito. Logo, a teoria do direito é pautada pela identificação entre texto, norma e regra jurídica. A tarefa jurisdicional é declarar a norma aplicável à controvérsia de natureza concreta<sup>266</sup>.

Soma-se a esse fundamento deontológico, a situação factual do Judiciário brasileiro, o qual tem milhões de processos em tramitação nessa enorme estrutura judiciária voltada para atender uma população de mais de 203 milhões habitantes,<sup>267</sup> diante de extensa Constituição com normas de regulação específica de diversas áreas e atividades da vida cotidiana da sociedade. Por isso, naturalmente, o Tribunal Judiciário de vértice, a quem compete verificar a constitucionalidade das demais decisões, receberá exorbitante número de processos para avaliar o acerto daquilo que decidido nas outras esferas do Poder Judiciário, além da própria competência judiciária de primeira e segunda instâncias.

Além disso, por mais que a tecnologia tenha se desenvolvido na prestação dos serviços judiciários, essa realidade ocasionou, além da elevação abissal do número de processos no Supremo Tribunal Federal, a expansão da estrutura interna de apoio aos julgadores, com

---

<sup>266</sup> LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. Cortes de vértice e reflexos das Cortes Supremas e Constitucionais na cultura e nos ordenamentos jurídicos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 16, v. 23, n. 3, set.-dez. 2022, p. 328.

<sup>267</sup> IBGE. **Censo 2022**. Disponível em:

[https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm\\_source=ibge&utm\\_medium=home&utm\\_campaign=porta](https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm_source=ibge&utm_medium=home&utm_campaign=porta). Acesso em: 15 nov. 2024.

elevado número de assistentes ou assessores técnicos, tudo a evidenciar diluição ou perda da pessoalidade do julgador na solução de alguns, ou de muitos, conflitos que lhes são submetidos. A diminuição ou a perda dessa pessoalidade contrasta com a própria natureza da prestação jurisdicional, sobretudo do Tribunal de vértice do sistema judiciário, pois os requisitos constitucionais (art. 101 da CF/1988) para a assunção dessa função indicam que o interesse social maior é, exatamente, a pessoalidade integral dos membros escolhidos na atuação nos conflitos que lhes são postos<sup>268</sup>.

Diversamente, a atuação do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional se aproxima da atividade legislativa, ou seja, é fonte primária do direito o resultado da sua atividade funcional, pois decorre da competência para apreciar o contencioso constitucional abstrato e concentrado e agir na mediação dos conflitos entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na garantia dos princípios constitucionais de forma negativa ou positiva.

Todavia, na condição de órgão do topo do Poder Judiciário, igualmente, lhe cabe atuar como defensor deste, por ser dele o representante último, atuação representativa e defensora de um dos Poderes (Judiciário) incompatível com a função de tribunal constitucional, a quem compete defender os postulados constitucionais a serem impostos a todos os Poderes, inclusive ao Judiciário. Essa cumulação de representação e defesa com o necessário controle constitucional do próprio Poder configura, em algum grau, conflito institucional de interesses.

A concepção original dos tribunais constitucionais com origem na Europa, por sua vez, adota a distinção entre jurisdição comum, inerente à atuação do Poder Judiciário, e o contencioso constitucional, o qual cabe ao órgão estatal com a finalidade exclusiva de julgar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade dos atos normativos, sem vinculação a qualquer dos Poderes constituídos (Judiciário, Executivo e Legislativo).

Da mesma forma, geralmente, esses tribunais possuem composição diversificada, isto é, integrantes oriundos dos Poderes constituídos ou da sociedade. Dentre as motivações possíveis para esse modelo de justiça constitucional, alude-se a necessidade de conferir maior estabilidade à eficácia das Constituições a partir da Segunda Guerra, visando evitar que os

---

<sup>268</sup> “Se é verdade que o processo político majoritário tem seus vícios – e eles são muito graves no cenário brasileiro – também é certo que os juízes não são semideuses e que a esfera em que atuam tampouco é imune à política com ‘p’ minúsculo. Essa idealização da figura do juiz não condiz com algumas das notórias deficiências enfrentadas pelo Judiciário brasileiro. Entre elas, destaca-se a sobrecarga de trabalho, que compromete a capacidade dos magistrados de dedicarem a cada processo o tempo e a energia necessários para atender às exigências das principais teorias da argumentação defendidas pelo neoconstitucionalismo”. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso em: 28 fev. 2018.

eventuais embates para obter, exercer e manter o poder estatal enfraqueçam a eficácia das normas constitucionais fortalecedoras das garantias fundamentais. Evita-se, assim, que um dos Poderes assuma essa função e a utilize como forma indevida de domínio, seja dos postulados constitucionais, seja dos demais Poderes. Essa possibilidade, por certo, traz prejuízo à evolução civilizatória ocidental, na qual se consolidou a ideia de proteção ao Estado Democrático de Direito e aos direitos humanos.

No sistema de tribunais constitucionais europeus, há uma realidade distinta da brasileira, especialmente quanto aos critérios para a escolha de seus membros. No Brasil, a composição segue um modelo mais vinculado às indicações de cunho pessoal e políticas do Presidente da República, sejam os indicados oriundos do Poder Judiciário, sejam de outros órgãos do Estado. Nos tribunais europeus, por sua vez, embora exista igualmente certo grau de influência política na escolha, há maior transparência. Isto porque, no processo de escolha dos membros dos tribunais constitucionais são envolvidos outros órgãos estatais, os quais promovem diretamente o preenchimento da vaga ou limitam a atuação do chefe do Executivo à lista elaborada por esses órgãos. Além disso, em alguns tribunais constitucionais, valoriza-se a indicação de profissionais sem vinculação política direta, como professores universitários em Portugal, ou a exigência de titulação acadêmica elevada dos candidatos.

Outro elemento diferenciador na atuação funcional da maior parte dos tribunais europeus consiste na previsão de mandatos fixos para o exercício da função de juiz constitucional. Isso assegura uma renovação periódica e traz maior equilíbrio entre a expertise acadêmica e a função jurisdicional<sup>269</sup>, além de diminuir sobremaneira a personalização no exercício da função, comum quando é ilimitado ou extremamente longo, às vezes décadas, como ocorre no Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto de cumulação de relevantes funções, a par da excepcional concentração de poder em único órgão estatal, é necessário apurar a conveniência de manter esse modelo de dupla função – cúpula do Poder Judiciário e tribunal constitucional –, além das demais características organizacionais e funcionais da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, visando fortalecer o Estado Democrático de Direito e favorecer o avanço civilizatório.

Relevante considerar, para tanto, a experiência de países com tradição cultural e jurídica semelhante à do Brasil, adotando-os como referência para o aprimoramento institucional da

---

<sup>269</sup> TOLEDO, Cláudia; MOREIRA, Luiz. Introdução para a edição brasileira. In: FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004, p. 13.

atuação do tribunal constitucional, inserido no Supremo Tribunal Federal. Afinal, “não menos significativo é o papel desempenhado pelo Direito Comparado na reforma legislativa, muitas vezes precedida de estudos comparativos sobre os regimes estabelecidos em outros ordenamentos jurídicos, quanto às matérias de interesse”<sup>270</sup>. Essa abordagem favorece o desenvolvimento de soluções que alinhem a realidade brasileira às melhores estruturas de Estado e práticas institucionais na jurisdição constitucional, considerando a experiência internacional para as reflexões do modelo mais adequado ao país.

No tocante à posição do tribunal constitucional em relação aos demais poderes constituídos, Louis Favoreu lembra o núcleo essencial de legitimação democrática: “Uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional. Esta é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente – daí seu nome – no ápice de um edifício jurisdicional, a segunda se situa fora do aparelho jurisdicional”<sup>271</sup>.

Essa assertiva encontra forte amparo no fundamento de que o ente estatal responsável por garantir o respeito à Constituição não pode ser assimilado a um dos poderes que ele deve controlar até por intuitivo conflito institucional de interesses.

A estrutura do poder estatal estabelecida pelo Constituinte originário manteve os pilares básicos da realidade histórica brasileira que não contribuem para a eficácia do avanço civilizatório pretendido pela Constituição. Durante a Constituinte originária, embora se tenha refletido a respeito da possibilidade de se criar um tribunal constitucional exclusivo, a ideia foi rejeitada, perdendo-se a oportunidade mais adequada de se aprimorar o arcabouço institucional do Estado nesse e em outros aspectos.

José Afonso da Silva ressalta as consequências da perda da oportunidade de aprimoramento institucional pela Assembleia Nacional Constituinte: “Restaram, no entanto, todos os elementos potenciais de conflito de poderes. A Constituinte recusou a instituição de uma Corte Constitucional, que seria um elemento moderador nos conflitos de poder”<sup>272</sup>.

Durante a Constituinte, o tema foi debatido e houve quem defendesse a criação de um tribunal constitucional exclusivo, dentre os quais Tercio Sampaio Ferraz Junior, Dalmo de Abreu Dallari, Ada Pellegrini Grinover e José Afonso da Silva, como relata Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza: “Perdeu-se uma boa oportunidade para se instituir um verdadeiro tribunal

---

<sup>270</sup> VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. v. I. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 23.

<sup>271</sup> FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 33.

<sup>272</sup> SILVA, José Afonso da. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 98.

constitucional, não como órgão de cúpula do Judiciário, o que tem causado críticas dos dois outros órgãos do Poder”<sup>273</sup>.

### 6.1 Número de membros e composição com origem em órgãos do Estado e representantes da sociedade civil no tribunal constitucional

Considerando já ter sido absorvido pelo sistema jurídico e político nacional o entendimento de que o intérprete constitucional participa da criação de normas jurídicas válidas por meio da interpretação, sob a óptica do ativismo judicial como atuação progressista, aqui adotada, é necessário aprimorar institucionalmente essa atuação. Isso ocorre porque a pré-compreensão do hermenêuta oficial das normas constitucionais é inseparável de seus próprios valores morais, sociais, éticos e políticos. Essa realidade exige o aumento da legitimidade democrática do intérprete constitucional oficial. A desvinculação da atuação do Poder Judiciário e a renovação periódica dos ocupantes dessa função estatal são elementos cruciais para evitar a prolongada projeção temporal dos valores subjetivos daqueles que exercem essa atividade no atual cenário institucional.

Entre as muitas realidades sociopolíticas, tem-se como aspecto comum aos países que adotam o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade possuir tribunais constitucionais autônomos, com competência exclusiva para analisar as questões constitucionais abstratas, não vinculados a qualquer dos poderes constituídos, inclusive o Judiciário, com membros indicados por origem de áreas diversas, em número superior a 11 e com mandato fixo, em muitos países.

Nesse contexto, tem-se essa realidade para considerar como referência no que aqui se defende em países com aspectos culturais, como língua latina, grande território, população mais elevada, a exemplo da Itália, Alemanha, Espanha, Portugal, e África do Sul<sup>274</sup> pela estrutural afinidade com a cultura jurídica, histórica e linguística.

---

<sup>273</sup> FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. São Paulo: Del Rey, 2017, p. 448.

<sup>274</sup> “A análise do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha se justifica pois este é, sem dúvidas, um dos principais paradigmas institucionais – se não o principal, para o caso do Brasil – da jurisdição constitucional do segundo pós-guerra. Já a escolha da Corte Constitucional da África do Sul se justifica, dentre várias razões, pelo fato de que o país apresenta conhecidas semelhanças históricas, sociais, econômicas e políticas com o Brasil, como é o caso das aproximações dos processos de re-constitucionalização dessas nações após longos períodos marcados pelo autoritarismo (o regime do *Apartheid* e a ditadura militar, respectivamente).” FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

No que tange ao número de membros, embora historicamente o Supremo Tribunal Federal tenha 11 componentes na maior parte do período desde sua criação, não significa que essa realidade não possa ser questionada, sobretudo quando se considera a possibilidade de criação de um tribunal constitucional exclusivo, sem alterar a composição do órgão do ápice do Poder Judiciário, caso se entenda ser suficiente essa composição para atender às necessidades daquele Poder, embora isso tenha refletido na celeridade e no grau de pessoalidade das decisões proferidas.

Todavia, considerando as referências estrangeiras de um tribunal constitucional, conforme trazidas a este trabalho, tem-se que nenhum deles é vinculado ao Poder Judiciário e possui mais de 11 membros: Itália (15), Espanha (12), Alemanha (16) e Portugal (13).

Tribunais constitucionais vinculados ao Poder Judiciário com 11 ou mais membros, dos aqui citados, somente o Reino Unido, o qual não serve como referência pela realidade sociocultural e política completamente diversa da brasileira, a começar pela própria criação daquele Tribunal, ocorrida somente em 2009<sup>275</sup>. Os demais vinculados ao Poder Judiciário possuem 11 ou menos membros: EUA (9), Coreia do Sul (9), Paraguai (9), Argentina (9), Egito (11) e África do Sul (11).

A invocação da tradição da Corte Suprema americana para embasar a estruturação atual do Supremo Tribunal Federal é incabível na realidade sociopolítica e na atuação de tribunal constitucional exercida por aquele órgão do Judiciário. Isto porque, os poderes e as funções por ele desempenhadas não guardam correlação mínima necessária com o Tribunal estadunidense, a começar, e sobretudo, pelo poder de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, inócua nos EUA<sup>276</sup>, e porque o Tribunal americano não adentra em qualquer tema que lhe é suscitado em face da Constituição estadunidense. A média é de menos de 100 processos julgados anualmente, embora sejam recebidas milhares de petições.

Outras diferenças podem ser apontadas, por exemplo, a competência normativa daquela Federação, na qual os Estados Membros possuem ampla, quiçá maior, competência legislativa que a própria União, podendo legislar a respeito de qualquer tema da vida individual e social, além da própria organização estatal nos respectivos âmbitos territoriais, sem a intervenção corriqueira da Corte Suprema estadunidense em todos os assuntos, realidade muito diversa da brasileira, na qual a competência legislativa do Poder central é muito maior do que aquela

---

<sup>275</sup> Supremo Tribunal do Reino Unido, criado pelo Ato de Reforma Constitucional de 2005, Parte 3, Seção 23, e instalado em 1º de outubro de 2009.

<sup>276</sup> GIL, Antônio Frederico. Suprema Corte dos Estados Unidos – estrutura e funcionamento da mais alta corte dos EUA. **Jusbrasil**. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/suprema-corte-dos-estados-unidos/2187266414>. Acesso em: 12 nov. 2024.

reservada aos Estados Membros, a quem cabe competência residual<sup>277</sup>, realidade essa permissiva da atuação do Supremo Tribunal Federal, sob a óptica jurídica, política e cultural, em todo e qualquer assunto ou controvérsia envolvendo os temas mais corriqueiros da vida individual, social e de organização estatal dos Estados federados, gerando um enorme e amplo contencioso constitucional, visível no cotidiano das decisões monocráticas e colegiadas do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Quanto à forma de escolher os que formam o Supremo Tribunal Federal, a Constituição replicou igualmente o modelo americano, atribuindo a definição dos seus componentes exclusivamente ao chefe do Poder Executivo (art. 101, parágrafo único, da CF/1988) mediante escolha pessoal, e à sujeição a requisitos genéricos e superficiais de adequação subjetiva (notório saber jurídico e reputação ilibada – art. 101 da CF/1988) sem restrição quanto à origem, como ocorre em muitos países, além de idade abaixo da maturidade – 35 anos (art. 101 da CF/1988). Ainda, condiciona a validação dessa escolha apenas à aprovação de maioria absoluta do Senado Federal, o qual se dispôs a rejeitar qualquer indicação presidencial somente no século XIX, o que evidencia tratar-se de mero requisito burocrático, sem relevância para impedir a livre escolha do Poder Executivo (art. 101, parágrafo único, da CF/1988).

Por outro lado, nos países trazidos como referência, os membros dos Tribunais Constitucionais não são escolhidos livremente pelo Presidente da República, característica que atende melhor ao *checks and balances* entre os Poderes, especialmente porque os Tribunais não estão vinculados ou sujeitos a qualquer deles. Existente a autonomia do tribunal constitucional em relação aos demais Poderes, mas sendo a respectiva atuação direcionada ao exercício das funções daqueles outros Poderes, torna-se inconveniente e incoerente que a escolha dos membros do tribunal constitucional seja de competência exclusiva de um dos Poderes ou, ainda, que, de tal competência de escolha, seja excluído qualquer dos Poderes constituídos, sendo mais adequado que todos participem da indicação dos membros do tribunal constitucional justamente porque a atividade deste é destinada ao controle da atuação de todos eles (Legislativo, Judiciário e Executivo).

---

<sup>277</sup> Quando se compara o art. 22, da CF/1988, que trata da competência legislativa da União, com o art. 25, § 1º, que trata da competência dos Estados, verifica-se que quase tudo da vida individual e coletiva é regulado pela União e, para os Estados, expressamente, resta a competência legislativa residual: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. No tocante à organização estatal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que deve haver certa “simetria” dos Estados federados com a União. *Vide*, por exemplo, ADI n. 6.983, 18/11/2021, na qual ficou consignado: 1. A Carta Política impõe, expressamente, que os Estados-membros, no exercício de suas competências, sigam o modelo delineado em âmbito Federal quanto à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas estaduais. Aplicação direta do princípio da simetria”.

Além disso, a escolha ou a indicação de membros do tribunal constitucional por órgãos estatais diferentes reduz a vinculação personificada dos candidatos com um líder específico, e aumenta a pluralidade de compreensões das normas constitucionais, elevando a legitimação democrática do resultado hermenêutico. Além disso, tal pluralidade permite a elevação da legitimação democrática, na medida em que a indicação por outros que detêm autoridade pública via legitimação direta, via voto popular (Legislativo e Executivo) transmitem essa legitimidade aos membros do tribunal constitucional escolhido, configurando, em certo grau, uma eleição indireta, além de permitir a representação no tribunal constitucional de diversos espectros das forças políticas que compõem o Estado, sem vínculo de subordinação a qualquer deles.<sup>278</sup>

Assim, nos países adotados com referência para esta análise, tem-se: *Itália*: dos 15 membros, 5 são indicados pelo Poder Executivo (Presidente da República), 5 pelo Legislativo (Parlamento em sessão conjunta), e 5 pelo Judiciário (juízes dos Tribunais Superiores). Os juízes do tribunal Constitucional são escolhidos por entre magistrados também reformados das jurisdições superiores ordinárias e administrativas, professores catedráticos de universidades em matérias jurídicas e advogados após 20 anos de exercício. *Espanha*: dos 12 membros nomeados pelo Rei, sendo 4 por proposta do Congresso, mediante maioria de três quintos dos respectivos membros; 4 propostos pelo Senado com mesmo quórum de aprovação; 2 pelo governo; e 2 pelo Conselho Geral do Poder Judicial, dentre magistrados, advogados, funcionários públicos, membros do equivalente brasileiro ao Ministério Público (fiscais), com mais de 15 anos de atividade profissional. Obrigatoriamente, são substituídos por terços de 3 em 3 anos, após cumprirem seu mandato de 9 anos. *Alemanha*: dos 16 membros do Tribunal Constitucional, 8 são indicados pelo Parlamento e 8 pelo Conselho Federal Alemão, o qual tem função legislativa com representantes dos entes federados. *Portugal*: os 13 membros do Tribunal Constitucional, composto por juízes do Poder Judiciário e ou por profissionais da área jurídica com reconhecimento político-social, juristas, titulares de grau acadêmico de doutor, mestre ou licenciado em direito, os quais geralmente são professores universitários, advogados ou membros do Ministério Público. A escolha ocorre pela indicação de 10 membros pelo Poder Legislativo (Assembleia da República), por maioria de dois terços dos deputados presentes ou absoluta dos que estiverem no exercício da função. Os outros 3 são indicados pelo próprio Tribunal Constitucional (cooptação), visando reduzir a influência parlamentar evidente na composição; é necessária maioria qualificada de 70% (7 votos) para ser aprovada. Na África

---

<sup>278</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

do Sul, os 11 membros são indicados pelo Presidente da República, a partir de lista *Judicial Service Commission*, característica intermediária, pois não assegura origens diversas na indicação dos membros do Tribunal Constitucional, mas limita a discricionariedade do Chefe do Executivo.

Dentre os países com indicação exclusiva do Presidente da República citados neste trabalho, tem-se: *EUA*: os 9 membros são indicados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado. A escolha ocorre entre juristas do serviço público, advogados e professores de direito; e a *Argentina*: os 9 membros são indicados pelo chefe do Poder Executivo, dentre juristas com, no mínimo, 8 anos de advocacia, mediante aprovação do Senado, renovada quando qualquer membro completa 75 anos de idade. *República Tcheca*: os 15 membros são nomeados pelo chefe do Executivo, com aprovação pelo Senado.

Com o mesmo número de membros do Brasil, tem-se o Tribunal do *Egito*, com indicações de origens diversas: dos 11, 1 pelo chefe do Executivo (Presidente do tribunal, os demais pela indicação do Judiciário); 5 pelo Presidente do Tribunal e 5 pelo colegiado do Tribunal, sendo dois terços de juízes e um terço de advogados e professores.

Além dos países trazidos como referência, são Tribunais Constitucionais com menos de 11 membros e indicações de origens diversas, listados neste trabalho: *França*: dos 9 membros do Conselho Constitucional, a proporção é de um terço pelo Presidente da República, sem aprovação do parlamento, um terço pelo Presidente do Senado e um terço pelo Presidente da Assembleia Nacional; Paraguai: dos 9 membros, a escolha ocorre pelo Supremo Tribunal de Justiça, mediante proposta do Conselho da Magistratura; *Coreia do Sul*: dos 9 membros, 3 são indicados pelo Poder Executivo (Presidente), 3 pelo Legislativo (Parlamento) e 3 pelo Judiciário (Presidente da Suprema Corte).

Dentre os Tribunais Constitucionais com mais de 11 membros e indicações de origens diversas listados neste trabalho, além dos adotados como referência, citam-se: *Reino Unido*: 12 membros, 11 deles oriundos das Câmaras dos Lordes (Poder Legislativo), que passaram a compor a *Supreme Court of The United Kingdom* – Tribunal Constitucional, criada em 2009, e o 12º membro e as vacâncias dos outros 11, serão escolhidos pelo rei, por encaminhamento do Primeiro-Ministro, após selecionar comissão com oitiva de magistrados, Primeiro-Ministro da Escócia, Primeiro Secretário da Assembleia do País de Gales e Secretário de Estado da Irlanda do Norte. *Bulgária*: dos 12 membros, 4 são indicados pelo Chefe do Executivo, 4 pelo Legislativo (Assembleia Nacional) e 4 pelo Judiciário (Assembleia dos Juízes dos Tribunais

Superiores). *Áustria*: dos 14 membros, 8 indicados pelo governo federal, 3 pelo Conselho Nacional e 3 pelo Conselho Federal.

Verifica-se, portanto, que as diversas formas de indicação dos membros dos tribunais constitucionais evidenciam a busca por transparência e legitimidade democrática, e várias formas de aumentar as possíveis compreensões do texto constitucional, a fim de abarcar o quanto possível da *síntese axiológica da nação* e, com isso, impulsionar o avanço civilizacional esperado.

Por isso, em caso de um possível tribunal constitucional brasileiro, a indicação dos seus membros merece ser de origem específica dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com aprovação qualificada pelo Parlamento, com no mínimo dois terços dos componentes, e as restrições necessárias para a adequada representação, dentre elas: ausência de filiação ou vinculação partidária específica; não ocupar qualquer cargo de natureza política em qualquer dos Poderes, em qualquer caso, ao menos nos 5 anos anteriores à indicação; idade compatível com a maturidade pessoal e a experiência profissional, ou seja, acima dos 45 anos; titulação acadêmica elevada – mestrado ou doutorado; ausência de vinculação de parentesco até quarto grau com qualquer pessoa votante no processo de escolha; impossibilidade de um dos Poderes indicarem membros de outro, por exemplo, o Parlamento ou o Executivo indicar nomes do Judiciário, pois afetaria a pluralidade pretendida com a indicação de plúrima origem.

Assim, considerando as referências dos muitos tribunais constitucionais citados, optando-se pela criação futura de um tribunal constitucional brasileiro exclusivo, o número de membros poderia ser de 15, seja para evitar possível necessidade de voto de minerva e, igualmente, facilitar a indicação paritária dos três Poderes, 5 cada. A indicação escalada, isto é, a existência de mandatos não coincidentes, igualmente, reforça a legitimação democrática, na medida em que afasta a possibilidade de indicação de grande número de membros em um mesmo período de governo ou legislatura parlamentar, evitando-se a concentração de membros oriundos de uma mesma circunstância temporal política. Além disso, a manutenção de sempre dois terços dos membros do tribunal até o próximo ciclo de indicação de novos membros favorece a estabilidade da jurisprudência e a legitimação democrática.

## 6.2 Mandato fixo dos membros do tribunal constitucional como forma de fortalecer a legitimidade democrática

A essência do Estado Democrático de Direito é afetada, no tocante à respectiva competência de tribunal constitucional, pelo tempo de permanência sem limite prévio dos membros do Supremo Tribunal Federal, isto é, sem mandato, cuja permanência frequentemente ocorre por décadas. Isto porque, a atividade de juiz constitucional em um Estado de Direito indica a necessidade de o poder ser exercido por tempo limitado, ainda que longo, como corolário da própria democracia. Essa limitação temporal é necessária para garantir a possibilidade de renovação, a fim de ajustar o respectivo exercício à vontade majoritária da sociedade, mediante a periódica renovação dos intérpretes constitucionais e, com isso, permitir ampliar a compreensão das ideologias e das propostas de avanço civilizacional inseridas na Constituição. Essa realidade não é diferente em relação à necessária legitimação democrática de um tribunal constitucional, cuja atividade estatal se aproxima do próprio legislador, este sujeito ontologicamente à necessidade de exercício de poder com tempo pré-determinado, como elemento inerente ao processo democrático<sup>279</sup>.

Além disso, a renovação periódica dos membros de um tribunal constitucional evita a personificação da função, como ocorre em relação àqueles que a exercem por décadas, com efeito deletério para a legitimação democrática da atividade interpretativa da Constituição. Soma-se a isso, a circunstância de que o exercício excessivamente prolongado do poder no tribunal constitucional gera pernicioso desequilíbrio em relação aos demais exercentes de funções de poder político, presente em grau significativo na atividade de um tribunal constitucional, sobretudo quando considerada e admitida a atuação com ativismo judicial, no conceito aqui adotado, no sentido permissivo e incentivado de jurisprudência com produção

---

<sup>279</sup> “É sabido que o atual sistema de nomeação de ministros do Supremo data da República Velha e teve sua inspiração no modelo da Corte Suprema dos Estados Unidos, que, segundo André Ramos Tavares, [...] se trata de mais um déficit democrático do sistema político norte-americano. Nesse sistema transplantado ao Brasil, não parece ser razoável esperar que um juiz nomeado por meio de um processo muito condicionado às vontades do agente nomeante (no caso, o presidente da República) terá condições plenas de exercer sua jurisdição de modo imparcial, especialmente nos inúmeros casos que envolvam os interesses de quem o indicou e nomeou. A inexistência de mandato pode, ainda, levar a uma ‘personalização’ do cargo, com a permanência, por várias décadas, de um mesmo indivíduo na função, estimulando o agente nomeante a indicar candidatos que não somente lhe sejam alinhados, ideológica e politicamente, como também sejam jovens, de modo a garantir sua influência na Corte por muito tempo. Há, porém, o contra-argumento segundo o qual foi justamente esse modelo que gerou um Supremo atuante, forte, técnico e pluralista. Entretanto, como pontua André Ramos Tavares, ‘isso [...] não bloqueia o debate, pois o desafio está em construir um modelo que ofereça exatamente esse perfil da corte como um resultado final inevitável, não como um acaso.’” FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

positiva no ordenamento jurídico para promover as garantias e a efetividade dos postulados constitucionais, diante da ação ou omissão dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A conveniência da limitação temporal não se aplica aos membros do Poder Judiciário, pois eles não necessitam da mesma espécie de legitimação democrática, na medida em que atuam mediante a imposição do ordenamento jurídico posto, ou seja, do conteúdo de normas pré-existentes, visando a formação de jurisprudência uniforme. Por outro lado, os membros do tribunal constitucional proferem decisões reveladores do conteúdo normativo constitucional, o qual muitas vezes se transforma no direito posto, isto é, inova ou altera o ordenamento jurídico, decisões configuradoras de fontes primárias do direito, especialmente quando envolvem questões constitucionais de alto impacto na sociedade, como temas relacionados ao aborto, ao uso de drogas, às políticas públicas de saúde e à educação.

Alça a esfera intuitiva a limitação temporal para o exercício da função de juiz constitucional como elemento necessário à legitimação democrática, realidade essa evidenciada pela fixação de mandato ou de limite de idade para a aposentadoria compulsória dos membros por quase todos os tribunais constitucionais aqui citados. Só não possuem qualquer espécie de limitação, isto é, os membros são vitalícios e sem aposentadoria compulsória, os Tribunais dos EUA e do Reino Unido.

Em regra, todavia, os membros dos tribunais constitucionais possuem mandato fixo, com ou sem recondução, os quais variam entre 9 e 12 anos. Em relação aos países adotados aqui como referência, tem-se: *Alemanha*: mandato de 12 anos. Sem recondução. Aposentadoria compulsória aos 68 anos; *Itália*: mandato de 9 anos. Aposentadoria compulsória aos 68 anos. *Espanha*: mandato de 9 anos. Aposentadoria compulsória aos 70 anos para os membros oriundos da magistratura; *Portugal*: mandato de 9 anos. Aposentadoria compulsória aos 70 anos para os membros oriundos da magistratura. Na mesma situação, *Bulgária*: mandato de 9 anos. Aposentadoria compulsória aos 68 anos; *África do Sul*: permitida a extensão do mandato de 12 anos ou da aposentadoria compulsória aos 70 anos, por lei do Parlamento.

Por outro lado, mesmo os tribunais constitucionais cujos membros são vitalícios, isto é, que não estabelecem mandato, fixam idade máxima para a aposentadoria compulsória como limite temporal. Com essa realidade, e trazidos a esse trabalho, são: *Brasil*: aposentadoria compulsória aos 75 anos; *Áustria*: aposentadoria compulsória ao final do ano em que completam 70 anos; *Egito*: aposentadoria compulsória aos 75 anos.

Diante das referências de outros tribunais constitucionais referidos neste estudo, melhor atenderia a necessária legitimação democrática a criação de futuro tribunal constitucional

exclusivo brasileiro, com a fixação de mandatos longos, por exemplo, 12 anos, como ocorre na Alemanha, ou, no mínimo, 9 anos, como em muitos países, inclusive Portugal, Espanha e Itália, aqui tomados como referência. A adoção de número de anos múltiplo de três facilita a divisão dos mandatos para indicação pelos Poderes com vencimentos similares, de quatro em quatro anos, evitando a concentração de indicações em uma mesma legislatura ou período de governo. O tempo de mandato de 9 ou 12 anos também assegura estabilidade na jurisprudência. Ambos são fatores que aumentam a legitimação democrática de um tribunal constitucional.

### **6.3 Criação de um tribunal constitucional brasileiro via emenda constitucional**

Diante do quadro institucional e da experiência internacional majoritária desde a segunda metade do século XX, no sentido da melhor organização institucional do Estado para assegurar a proteção e a eficácia da Constituição, convém seja revisto o modelo de estruturação da jurisdição constitucional com a separação da atividade estatal de tribunal constitucional daquela relacionada à função de cúpula do Poder Judiciário, a quem compete precipuamente solucionar os conflitos intersubjetivos no âmbito social, adotando-se os aspectos de organização funcional e subjetivos dos membros, similares aos praticados por muitos países quanto ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, alguns com afinidades culturais e linguísticas, além de grande influência no pensamento e tradição jurídica no Brasil, como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

A criação do tribunal constitucional brasileiro pode ocorrer mediante emenda à Constituição, pois a organização institucional e a competência do Supremo Tribunal Federal não se inserem nas cláusulas pétreas<sup>280</sup>. No âmbito destas está, isto sim, a vedação de alteração constitucional tendente a abolir ou prejudicar o Estado Democrático de Direito e a separação de poderes. Efetivamente, ao contrário, a criação de um tribunal constitucional exclusivo fortalece o Estado Democrático de Direito e, além de mantê-lo, melhora sobremaneira o equilíbrio democrático da separação de poderes estabelecida na Constituição.

Não procede, portanto, a objeção, pois os Poderes constituídos permaneceriam conforme estabelecidos pelo Constituinte originário. Apenas parte de uma atividade estatal de um dos Poderes seria transferida para outro órgão, não vinculado a qualquer deles; logo, não alteraria o equilíbrio entre eles mas, isto sim, corrigiria ou diminuiria o desequilíbrio entre os

---

<sup>280</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação de Poderes; IV – os direitos e as garantias individuais”.

Poderes, na forma como originalmente estabelecido no texto constitucional, desequilíbrio esse que tem contribuído para a frequente “crise entre os Poderes”, como é denominada a desarmonia decorrente do arcabouço jurídico-institucional deficiente, no tocante ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Por consequência, não haveria alteração da Constituição com intuito de modificar a competência do Poder Judiciário para conceder a um dos outros dois, como poderia ser considerada a possibilidade de revisão das decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelo Parlamento, por exemplo, no modelo atual.

O desmembramento de competência do Supremo Tribunal Federal com a criação de outro órgão estatal já ocorreu com a criação do STJ, que absorveu a função de controle na aplicação da lei federal, dentro do sistema judiciário, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Além disso, não se pode impedir a reestruturação do arcabouço jurídico-institucional do Estado, via alteração constitucional, pois significaria engessar a estruturação do Estado, mesmo mantidos os Poderes originalmente constituídos. Essa realidade é incompatível com a necessidade de aprimoramento da organização estatal, a fim de assegurar a perenidade almejada do texto constitucional e, ao mesmo tempo, a necessária atualização, quiçá evolução, do arcabouço estatal visando a própria concretização mais eficaz da Constituição. Do contrário, a realidade remeterá à necessidade de nova Constituinte em pouco tempo de vigência do texto constitucional, cujo objetivo é a duração por séculos, como no paradigma americano, mas somente alcançável se for possível o aprimoramento jurídico-institucional do Constituinte derivado.

Impedir esse aprimoramento via emenda constitucional enfraquece a própria Constituição, na medida em que remete à necessidade de nova constituinte originária para reestruturar as funções dos órgãos de cúpula do Estado, o que ocorrerá, como muitas vezes desde a primeira Constituição Republicana em 1891, pois a realidade social e política se impõe no curso histórico, independentemente dos limites teóricos que lhe deseje imprimir. Por isso, as formas de alteração e mutação constitucional asseguram a perenidade da Constituição, desde que preservado o núcleo essencial nela estabelecido, o que se vê com a reorganização da função estatal de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, via criação de tribunal constitucional exclusivo, não vinculado a qualquer dos poderes constituídos, preservando a estrutura e a função originária de cada um deles, conforme estabelecido pelo constituinte originário.

O arranjo institucional e processual de controle de constitucionalidade tem sido alterado, inclusive por lei ordinária, como se deu com a previsão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADCO) e a modulação dos efeitos das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, ambas com significativo impacto no ordenamento jurídico, e que não estão expressamente previstas na Constituição.

Além disso, via emenda constitucional, houve a normatização do poder de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal, por meio da edição de Súmulas Vinculantes e do reconhecimento de repercussão geral de suas decisões. Esse poder de legislador positivo possui efeito *erga omnes* e evidencia que a atividade estatal de reestruturação das funções do Tribunal não é imutável pelo Constituinte derivado.

Assim, as funções e as competências do Supremo Tribunal Federal podem ser alteradas por emenda constitucional, pois, nos casos citados de redimensionamento das respectivas funções estatais, não houve questionamento oficial sobre possível violação à separação de poderes.

Por certo, se a alteração constitucional que concede competência de legislador positivo é válida, igualmente será válida aquela que retira parte da competência do Supremo Tribunal Federal, relacionada ao controle concentrado de constitucionalidade, e a atribui a outro órgão estatal, não vinculado a qualquer dos Poderes. Isso se alinha aos moldes dos tribunais constitucionais de muitos países que adotam o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, se instituído um tribunal constitucional brasileiro exclusivo, via emenda à Constituição, as respectivas decisões não estariam sujeitas à revisão do Poder Judiciário, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição<sup>281</sup>. Isto porque, o controle concentrado de constitucionalidade não é configurável como possível lesão a direito, na medida em que configurará exatamente o que é o direito constitucionalmente válido pelo sistema jurídico vigente, inclusive para o próprio Poder Judiciário, além dos demais.

A experiência dos muitos países que adotam o Estado Democrático de Direito pode fornecer subsídios para a melhor configuração de um possível tribunal constitucional do Brasil, pois muitos deles já têm fornecido as respectivas experiências metodológicas e processuais para a atuação do Estado brasileiro no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Como exemplo, um possível tribunal constitucional brasileiro exclusivo merece ser criado com a absorção das características e experiências vivenciadas pelos países de forte defesa

---

<sup>281</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

do Estado Democrático de Direito e com afinidades socioculturais com o Brasil – vale citar Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

Nesse contexto, esse possível tribunal constitucional exclusivo poderia ter 15 membros, como na Itália, para evitar a eventual necessidade de voto de desempate. Esse número, inclusive, foi o adotado por projeto de Emenda Constitucional já apresentado na Câmara dos Deputados<sup>282</sup>.

Quanto ao prazo de atuação, os membros poderiam ter mandatos de 9 anos, sem recondução, como em Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, França e Bulgária, ou, no máximo 12 anos, como na África do Sul<sup>283</sup>. A fixação de mandato promove maior impessoalidade na escolha dos membros, em consonância com esse princípio constitucional basilar no exercício do poder estatal, e em prestígio a ele na ponderação dos cânones da Constituição aplicáveis ao tema (art. 37 da CF/1988).

No tocante à origem da indicação, poderia ser um terço de membros indicados por cada Poder, mediante a formação de listas dos órgãos internos, salvo do Executivo, e aprovação do Parlamento em sessão conjunta por voto de três quintos dos legisladores, aumentando a legitimidade democrática via imposição de consenso do nome indicado. O modelo de indicação com origem nos poderes constituídos é adotado na Espanha, inclusive quanto ao quórum de três quintos, e na Itália no tocante à origem.

A indicação exclusiva por qualquer dos Poderes não atende à pretensão de maior legitimização democrática, sobretudo se coubesse à esfera política, via Parlamento, a exclusividade da indicação dos membros do tribunal constitucional<sup>284</sup>. Manter a indicação no

---

<sup>282</sup> PEC n. 275/2013, apresentada pela Dep. Luiza Erundina – PSB/SP.

<sup>283</sup> Segundo Marina Faraco e Leonardo Carvalho, a proposta do projeto substitutivo da PEC n. 16/2019, não votado, previa 10 anos de mandato e outros aspectos relevantes: “A imposição de mandatos de 10 anos aos ministros, vedada a recondução, também pode ser fator de maior estabilidade da Corte, já que a substituição programada de seus juízes pode acarretar uma evolução perene de sua jurisprudência, evitando a ‘fossilização’ da Corte, para usar a expressão cunhada pelo ministro César Peluso. A estipulação de prazos para o processo de nomeação também poderá impedir o cenário de enfraquecimento do Supremo pela eventual mora na nomeação de novos ministros, como se deu por ocasião da indicação do ministro André Mendonça. O mesmo se dá quanto à proposta de ‘quarentena eleitoral’ ao término dos mandatos, garantindo-se a imagem de um tribunal desinteressado do varejo da política”. FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

<sup>284</sup> “O sistema de nomeação alemão é, como o brasileiro, alvo de críticas. Será, então, que a existência de um sistema de nomeação concentrado no Legislativo e a imposição de mandatos realmente acarretaram maior impessoalidade na escolha dos juízes constitucionais alemães?” “Apesar de casos como os de Harbarth e Müller já terem ocorrido diversas vezes na história do Tribunal, isso não significa dizer que a Corte seja palco de política partidária, mas tão somente demonstra que atribuir ao Legislativo o papel de indicar os juízes constitucionais não promove, por si só, mais impessoalidade na escolha – e, nesse ponto, as PECs fizeram bem ao não se aproximar do sistema alemão”. FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano.

Executivo nada alteraria a realidade atual e, igualmente, concentrar no Judiciário a indicação dos membros do tribunal constitucional seria submetê-lo integralmente a esse Poder, o que não atende à elevação da legitimidade democrática.

Poder-se-ia, inclusive, considerar a hipótese de adoção de lista tríplices, encaminhadas por cada um dos Poderes para a escolha de um dentre os enviados a aprovação dos demais, sistema esse inóceno nos tribunais constitucionais estrangeiros citados, mas já incorporado à cultura jurídico-político brasileira na indicação de juízes de tribunais superiores e regionais, limitando a escolha dos Poderes ao mesmo tempo que integra de forma mais efetiva todos eles no processo de seleção dos candidatos.

Registre-se que, a criação do tribunal constitucional do Brasil, para atuar com exclusividade no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, em nada alteraria as demais relevantíssimas funções judicantes do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Há muito, no Parlamento, são discutidos aspectos relacionados à legitimação democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal. Foram apresentadas Propostas de Emenda Constitucional (PEC) que tramitaram na Câmara dos Deputados<sup>285</sup> e no Senado Federal,<sup>286</sup> sem a finalidade de abordar a criação de um tribunal constitucional, mas focadas na forma de se indicar e estabelecer mandatos para os membros daquele tribunal.

Em tramitação até 2024, tem-se no Senado a PEC n. 16/2019<sup>287</sup>, a qual originalmente visava alterar o prazo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, fixar-lhes mandato de 8 anos, sem recondução, e prazo de escolha pelo Presidente da República, ou seja, não altera a origem da indicação nem os respectivos requisitos vigentes. Inicialmente, esse projeto tramitou em conjunto com os outros dois projetos, os quais foram arquivados e, por

---

**Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

<sup>285</sup> PEC n. 275/2013, apresentada pela Dep. Luiza Erundina – PSB/SP. O texto original da proposta apresentada na Câmara dos Deputados não visa a instalação de tribunal constitucional nos padrões internacionais, mas tão somente alterar o nome e parte da competência judicial do Supremo Tribunal Federal, transferindo-a ao STJ, além de elevar o número de membros de 11 (onze) para 15 (quinze). Efetivamente, mantém estrutura básica da função de tribunal constitucional já exercida pelo STF, apenas reduzindo-lhe a competência para apreciar as matérias judiciais, infraconstitucionais, isto é, altera o nome, mas mantém a função jurisdicional juntamente com a função de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

<sup>286</sup> PEC n. 35/2015, tramitação encerrada, visava modificar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; PEC n. 59/2015, tramitação encerrada, visava estabelecer prazo para indicação e nomeação de Ministro do STF.

<sup>287</sup> Altera a redação do art. 101 da CF/1988 para: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, para mandato de oito anos, vedada a recondução”.

isso, passou a tramitar isoladamente<sup>288</sup>. O projeto original possui três propostas<sup>289</sup> sem alterar a respectiva essência.

Logo, as propostas de alteração constitucional em curso não modificam substancialmente a realidade atual do arcabouço institucional brasileiro nos controles abstrato e concentrado de constitucionalidade, nem propõem a criação de tribunal constitucional nos moldes da grande maioria dos países que adotam o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Por certo, a tramitação da PEC referida é importante iniciativa para elevar a legitimação democrática do atual sistema, quanto à louvável ideia de fixação de mandato e alteração do método de nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal, traduzindo “legítimas expressões do constituinte derivado reformador”, com potencial para “imprimir uma maior impessoalidade na escolha dos ministros e estabilidade institucional e funcional para a Corte”<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> Enquanto tramitou em conjunto com a PEC n. 35/2015 e a PEC n. 59/2015, a PEC n. 16/2019 recebeu parecer do então Senador Antônio Anastasia, não apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, sobre o qual Marina Faraco aduziu: “O fato é que, como se espera em um regime democrático, tais críticas impulsionaram a propositura de diversas propostas de emenda à Constituição (PECs), entre as quais se destacam 3, hoje em trâmite no Senado Federal: a PEC n. 35/2015, de autoria do senador Lasier Martins; a PEC n. 59/2015, assinada pela senadora Marta Suplicy; e a PEC n. 16/2019, proposta pelo senador Plínio Valério. Em outubro de 2019, no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa, o relator designado para a matéria, o então senador Antônio Anastasia, apresentou, em 2020, um substitutivo unificando as principais propostas de cada projeto, a saber: (i) da PEC n. 35/2015: exigência de 15 anos de prática jurídica comprovada pelo indicado ao STF; mandato de 10 anos, vedada a recondução; nomeação a partir de lista tríplice formada pelo STF, pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); imposição de uma “quarentena eleitoral” de 5 anos após o fim do mandato dos ministros; (ii) da PEC n. 59/2015: prazo de 30 dias para formação da lista tríplice e de 30 dias para a escolha do presidente da República; (iii) da PEC n. 16/2019: na omissão do presidente em escolher um dos nomes da lista tríplice, competirá ao Senado Federal, por maioria simples, a escolha de um nome”. FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

<sup>289</sup> Duas do Senador Magno Malta de outubro de 2023: “Dê-se ao *caput* do art. 101 da Constituição Federal, com a redação proposta pelo art. 1º da PEC n. 16, de 2019, a seguinte redação: Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, para mandato de oito anos, vedada a recondução, que comprovem pelo menos quinze anos de atividade jurídica” E: “Art. 101. § 7º. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são inelegíveis para qualquer cargo eletivo, até quatro anos após o término do mandato”. A outra emenda à PEC n. 16/2019 é do Senador Sérgio Moro, em abril de 2024: “Art. 101. § 1º Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República em até dez dias depois de aprovada a escolha pelo voto de dois terços dos membros do Senado Federal”.

<sup>290</sup> FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

## 7 CONCLUSÕES

A realidade atual do controle concentrado de constitucionalidade promovido pela atuação do Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional tem sido objeto de questionamentos por diversos setores das áreas jurídica, política e da sociedade civil, por meio de entidades e da imprensa profissional. Esses questionamentos surgem devido à expansão do ativismo judicial, atuação do Tribunal em áreas anteriormente reservadas aos demais Poderes e a outros órgãos, como o Ministério Público e as Agências Reguladoras. Parte-se do entendimento de que o ativismo judicial significa atuação, via interpretação dos princípios constitucionais de forma a promover a interferência criativa de norma no ordenamento jurídico e na condução das políticas públicas, visando maior concretude e eficácia da Constituição para o progresso do avanço civilizacional.

Essa ampliação da atividade do Supremo Tribunal Federal tem gerado sérias discussões nos âmbitos público e privado sobre a legitimidade democrática dessa atuação, considerando a separação de poderes e a segurança jurídica; em suma, sob o enfoque do Estado Democrático de Direito. Isso se torna ainda mais relevante no contexto tecnológico da atual sociedade hiperconectada, na qual mecanismos de comunicação instantânea viabilizam a interação social e permitem a expansão das críticas do Tribunal.

O impacto das novas realidades social e tecnológica sobre a função das constituições e suas interpretações configura elemento influenciador nos métodos de hermenêutica constitucional, além de afetar a própria elaboração das normas. Essa realidade viabiliza, em tempo real, manifestações sociais e políticas que pressionam os intérpretes oficiais da Constituição a adequar os resultados hermenêuticos ao que é considerado mais apropriado.

Nesse contexto, é crucial verificar se a estrutura de poder está adequada para garantir maior legitimação democrática do Supremo Tribunal, na competência de tribunal constitucional nele inserida.

A tradicional teoria da separação de poderes, à luz da sociedade tecnologicamente hiperconectada, tem sido relativizada, em razão da crescente relevância do contencioso constitucional *in abstracto*. No Brasil, a amplitude de atuação desse contencioso e sua respectiva força vinculante têm assumido um papel de destaque no âmbito social e político. Em tempos de desilusão com as instituições e com a própria democracia, a crescente correlação entre direito constitucional e política, embora desafiadora, exige a formação de consensos mínimos legitimadores para fortalecer o Estado Democrático de Direito e a força normativa da

Constituição. Isso é fundamental para que a Constituição possa se concretizar no mundo real da vida das pessoas, e não se restringir a ser uma mera fonte de elucubrações retóricas, desprovidas de conexão com a realidade social e política da nação.

Considerando que as Constituições, por si só, não traduzem a realidade presente ou futura, mas indicam o caminho e o objetivo pretendidos no processo civilizatório de um povo, mediante a organização do Estado, sua atuação na sociedade e as regras estruturantes do convívio social – especialmente as garantias individuais e coletivas – é necessário reconhecer que o modelo brasileiro de concretização e proteção institucional da Constituição não tem alcançado os resultados esperados. Ele merece ser repensado, sobretudo no que tange ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, diante da cumulação de poder no Supremo Tribunal Federal e da disfuncionalidade que gera baixa legitimação democrática na defesa da Constituição.

Isto porque, a estruturação adequada do processo político e as garantias constitucionais ao desenvolvimento democrático desse processo são elementos fundamentais para a realização do avanço civilizacional preconizado pela Constituição.

A Constituição brasileira traz contemporânea estrutura de defesa dos direitos fundamentais e sociais, contudo, a concretização constitucional pouco se materializou em comparação à pretensão estabelecida em relação a esses direitos.

Entre os diversos aspectos que podem prejudicar a concretização da Constituição no Brasil, destaca-se a disfuncionalidade das normas de acesso e exercício do poder. Essa disfuncionalidade decorre de um vício de origem na elaboração do arcabouço institucional do Estado. O vício de origem no acesso e exercício do poder tem relevância significativa em razão da natureza congressual da constituinte originária, pois os membros da Assembleia eram também congressistas e permaneceram nessa condição após o encerramento dos trabalhos, além deles próprios terem convocado a Assembleia Constituinte por ato do Parlamento, em incomum ato de instauração.

Efetivamente, a norma constitucional traduz ao mesmo tempo a supremacia da política e da legalidade, em uma relação simbiótica, na qual a transformação da política em direito e, simultaneamente, a garantia do direito à política, traduz face relevante do Estado Constitucional e do relacionamento intrínseco e interdependente entre os sistemas jurídico e político, sem que lhes retire as respectivas autonomias.

Uma questão mais complexa surge na atuação de um tribunal constitucional, especialmente na atualidade, em que compete a ele identificar e fixar o conteúdo vigente da

norma constitucional, em uma atuação que possui, muitas vezes, elevado grau de natureza política, embora o conteúdo seja jurídico. Assim, na atuação do tribunal constitucional, a simbiose entre os sistemas jurídico e político se aproxima de forma quase coincidente, sobretudo quando atua como intérprete positivo da norma constitucional.

No Brasil, desde a nova Constituição, tem-se o Supremo Tribunal Federal mais atuante na concretização das normas constitucionais e buscando “ocupar um espaço mais efetivo na luta entre os poderes estatais, de modo a se acreditar que pode, efetivamente, fazer contrapeso aos excessos e às omissões dos demais Poderes”<sup>291</sup>.

Essa realidade trouxe o debate a respeito da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para atuar simultaneamente nas funções de tribunal constitucional e de tribunal de cúpula do Poder Judiciário. Na primeira função, ao tribunal foram conferidos muitos instrumentos de atuação típicos de tribunais constitucionais desvinculados da estrutura do Poder Judiciário, além de uma configuração específica em sua composição e no tempo de permanência de seus membros, diversos aspectos da configuração institucional, funcional e subjetiva do Tribunal brasileiro.

Essa realidade é ainda mais pertinente, uma vez que a interpretação constitucional é um dos relevantes meios estatais para o avanço civilizacional, modificador da realidade. A complexidade da sociedade contemporânea impõe ajustes permanentes nas relações entre ela e o Estado, na medida em que a Constituição não representa um projeto único de sociedade, mas um conjunto plural que abriga diversos grupos que precisam conviver entre si de forma minimamente segura. Isso é fundamental para evitar que a estabilidade da nação seja ameaçada, como demonstram as diversas guerras civis do passado e do presente.

A natureza principiológica das normas constitucionais permite o ajuste permanente do conteúdo normativo. Contudo, atualmente, o exercício desse mister tem configurado crescente poder na estrutura organizacional do Estado e, por isso, crescido o questionamento acerca da legitimidade democrática na atuação do órgão do Estado responsável por essa atividade.

A competência legal, isto é, formal, para realizar a interpretação constitucional não é, por si só, suficiente para assegurar a legitimidade democrática do resultado hermenêutico. Essa legitimidade demanda que a estrutura de poder do Estado, na qual está inserido o órgão responsável por essa função, tenha uma organização e um modo de atuação que favoreçam um

---

<sup>291</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020, p. 94.

resultado interpretativo em consonância com o Estado Democrático de Direito. Isso se deve ao fato de que a natureza principiológica da maioria das normas constitucionais se materializa somente por meio da interpretação. Assim, a interpretação criadora e integradora da norma não existe sem o intérprete que participa da própria produção da norma ao fixar seu conteúdo entre as possibilidades; portanto, este necessita ser considerado nas respectivas circunstâncias subjetivas para a criação da norma, assim como o legislador o é. Essa participação integradora da norma requer legitimação democrática no exercício da função do intérprete da Constituição.

A ampliação da atuação do Poder Judiciário brasileiro tem suscitado um profícuo debate sobre o rompimento do cânone constitucional da separação de poderes, o qual tem sido mais frequente e contundente diante da atuação em ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Diante dessa realidade, tem se intensificado o questionamento sobre a permanência atual dos limites historicamente considerados entre os poderes do Estado, permitindo alusões à possibilidade de surgimento de uma nova forma de governo que insira a expressão *juristocracia*. Essa crescente e ampla atuação do Judiciário tem como base fundamental o vasto espectro de meios de acesso ao Supremo Tribunal Federal, que pode deliberar sobre praticamente todos os aspectos da vida social e política, tanto na esfera pública quanto na privada. Em certos casos, até mesmo a atuação de ofício tem sido aceita, o que suscita questionamentos sobre sua legitimidade democrática<sup>292</sup>. A isso se soma outro fundamento igualmente basilar: o amplíssimo rol de pessoas que podem propor ou manusear os meios para obter dos juízes constitucionais uma atuação criadora e impositiva do direito, muitas vezes ainda não legislado.

Desde a segunda metade do século XX, praticamente, não se questiona a necessidade da existência de um tribunal constitucional para assegurar a supremacia e a eficácia das normas constitucionais, sobretudo em Estado Democrático de Direito. A legitimação democrática, contudo, demanda a presença de aspectos institucionais, funcionais e subjetivos dos componentes.

Assim, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal na atuação de tribunal constitucional está diretamente ligada à fórmula democrática pela qual esse órgão é composto e à *fórmula procedimental* de seu funcionamento.

Em razão da necessidade de aumentar a eficácia e o grau da legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira convém considerar futura reorganização da arquitetura de acesso e de exercício do poder do Estado, dentre outros, quanto à jurisdição constitucional,

---

<sup>292</sup> O mais notório é o Inquérito das *Fake News* – STF/Inq n. 4.781.

a fim de que esta seja exercida por um tribunal constitucional desvinculado dos Poderes constituídos, inclusive do Judiciário, e detentora de competência exclusiva para analisar o controle abstrato de constitucionalidade dos atos normativos, como ocorre na maioria dos países que possuem esse modelo de jurisdição constitucional.

Igualmente, esse objetivo de maior eficácia e legitimação demanda aperfeiçoamentos de aspectos específicos, quanto à estrutura organizacional e às funcionalidades de atuação do órgão responsável pela jurisdição constitucional, sobretudo no tocante à fixação de mandato para os membros de um tribunal constitucional e a escolha advinda de origens diversas e não apenas da indicação exclusiva do Chefe do Poder Executivo, como ocorre também na grande maioria dos tribunais constitucionais, mesmo naqueles vinculados ao Poder Judiciário.

Aspectos processuais e procedimentais também merecem reflexão, tais como os legitimados e os meios de provocação da jurisdição constitucional, a prevalência exclusiva do julgamento colegiado, os procedimentos de interrupção do julgamento e a extensão da virtualização dos julgamentos.

## REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 9, jan.-mar. 2009.
- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ABRANCHES, Sérgio. **Trinta anos de presidencialismo de coalizão**. 31 maio 2019. Disponível em: <http://dados.iesp.uerj.br/trinta-anos-de-presidencialismo-de-coalizao>. Acesso em: 12 nov. 2024.
- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).
- AGÊNCIA SENADO. **Plínio Valério acusa STF de invadir competência do Legislativo**. 07 fev. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/02/07/plinio-valerio-acusa-stf-de-invadir-competencia-do-legislativo>. Acesso em: 15 nov. 2024.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e direito público**. 5. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.
- ALTENFELDER, Ruy Martins Silva. **Repensando o Brasil: ética para todos**. São Paulo: Pax & Spes, 2011.
- ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Coimbra: Armênio Amado, 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debates Sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- BARBOSA, Cláudia Maria; RODRIGUES, Amanda Carolina Buttendorff. **Cortes Constitucionais – um estudo comparado**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>. Acesso em: 12 nov. 2024.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BATISTA, Fernando Natal. A jurisdição constitucional e o papel das cortes supremas nas democracias. **IDP – Law Review**, v. I, n. I, 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edpro, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Estabelece normas para a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n. 13. Sessão Plenária de 21-08-2008. DJe n. 162, 29-08-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6372 AgR/MA. AG. REG. na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, j. 13-04-2023, public. 15-06-2023. Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur481875/false>. Acesso em: 15 nov. 2024.

BREMBATTI, Katia; QUEIROZ, Gustavo. Fundo partidário bancou itens de luxo, avião e reforma em imóvel de dirigente. **Estadão**, 16 jan. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/fundo-partidario-bancou-itens-de-luxo-aviao-e-reforma-em-imovel-de-dirigente/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARDOSO, Antonio Pessoa. O Conselho Constitucional Francês. **Migalhas**. 6 mar. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/21710/o-conselho-constitucional-frances>. Acesso em: 15 nov. 2024.

CARTA CAPITAL. **Avaliação positiva do STF cai de 31% para 14%, aponta pesquisa**. 01 jun. 2024. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/avaliacao-positiva-do-stf-cai-de-31-para-14-aponta-pesquisa/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988**: segredos da Constituinte. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CNN BRASIL. **Partidos e frentes parlamentares repudiam STF por “contínua usurpação de competência”**. 26 set. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/partidos-e-frentes-parlamentares-repudiam-stf-por-continua-usurpacao-de-competencia/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

CNN BRASIL. **“Musk x Moraes: 68% das menções nas redes foram críticas ao STF, diz Quaest; 32% criticam dono do X”**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/msk-x-moraes-68-das-mencoes-nas-redes-foram-criticas-ao-stf-diz-quaest/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e poder**. São Paulo: Saraiva, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debate Sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. *In*: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados estatísticos**: priorização do 1º grau. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

CRUZ, Gerardo Eto. **Derecho procesal constitucional** – su interpretación y desarrollo jurisprudencial. v. I. Bogotá-Colômbia: Grijley, 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Cultura constitucional & revisões constitucionais. Coimbra: Universidade do Porto. **International Studies on Law and Education**. v. 8, p. 5-16, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. XV Seminário Internacional de Ética na Gestão: Ética, Direito e Poder. **Comissão de Ética Pública**, Presidência da República, 2014.

DA MATA, Roberto. A importância da antropologia na sociedade contemporânea Coluna Semanal do Antropólogo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 8 nov. 2023.

DA MATA, Roberto. Os desafios da antropologia no século XXI. Coluna Semanal do Antropólogo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2024.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 1995.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Cidadania e separação de poderes. **Revista Justiça e Cidadania**, jan. 2019.

DEBUSMANN JR., Bernd. Como a Suprema Corte dos EUA virou campo de batalha política. Quem são os juízes? **BBC News**. 17 jul. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4ng7907p80o#:~:text=Tr%C3%AAs%20deles%20%E2%80%93%20Neil%20Gorsuch%2C%20Brett,foram%20indicados%20por%20Barack%20Obama>. Acesso em: 15 nov. 2024.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: RT, 1984.

DIAS, Roberto; SILVA, Marina Faraco Siqueira e. O indesejado efeito repristinatório no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). **Novos rumos para o direito público**: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. ano 38, n. 150, abr.-jun. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EUROPEAN JUSTICE. **Sistemas de Justiça Nacionais**. Bulgária. <https://e-justice.europa.eu/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

FANIS JÚNIOR, José Tadeu. A batalha entre os poderes no Estado constitucional contemporâneo: crise da democracia e o paradigma da separação dos poderes. **RIL**, Brasília, a. 60, n. 238, p. 59-77, abr.-jun. 2023. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril\\_v60\\_n238\\_p59.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/238/ril_v60_n238_p59.pdf). Acesso em: 12 nov. 2024.

FARACO, Marina. Deixando de lado o 'ativismo' e a 'autocontenção' judicial: a irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. **Revista do Advogado**, v. 1, p. 147-155, 2018.

FARACO, Marina; CARVALHO, Leonardo Florêncio de. Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de crise: as propostas de reforma da corte e os modelos alemão e sul-africano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 18, n. 53, p. 131-154, jan.-jun. 2024.

FAVOREU, Louis. **As Cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes** – o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: RT, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes**: um princípio em decadência. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Separação de poderes**: a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo no Brasil – Uma visão latino-americana. Texto inédito. [S.l.], [s.d.].

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 5. ed. São Paulo: Del Rey, 2017.

FOLHA DE S. PAULO. **Itamar recusa novo acordo e agrava crise**. Brasil. 24 mar. 1994. Sucursal de Brasília. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/3/24/brasil/7.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (1789). Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 12 nov. 2024.

FUCS, José. Fala de Barroso turbinou críticas ao viés político do STF e ao ativismo judicial. **Estadão**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/jose-fucs/fala-de-barroso-turbina-criticas-ao-vies-politico-do-stf-e-ao-ativismo-judicial/> Acesso em: 15 nov. 2024.

GABRIEL, João. Deputados se unem a Senado e criticam interferência do STF em marco temporal, drogas e aborto. **Folha de S. Paulo**. 26 set. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/09/deputados-se-unem-a-senado-e-criticam-interferencia-do-stf-sobre-marco-temporal-drogas-e-aborto.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GAETANI, Francisco; ALMEIDA, Virgílio. O impacto político da era digital. **O Valor Econômico**, 16 out. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/o-impacto-politico-da-era-digital.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2024.

GALLI, Marcelo. Senado ignora liminar que afastou Renan e diz que vai aguardar Pleno do STF. 6 dez. 2016. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/senado-ignora-decisao-renan-aguardar-pleno-stf/>. Acesso em: 15 nov. 2024

GIL, Antônio Frederico. Suprema Corte dos Estados Unidos – Estrutura e funcionamento da mais alta corte dos EUA. **Jusbrasil**. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/suprema-corte-dos-estados-unidos/2187266414>. Acesso em: 12 nov. 2024.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Freios e contrapesos à Corte Constitucional no contexto do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 13, n. 44, p. 49-78, jul.-dez. 2019.

GONÇALVES JUNIOR, Carlos. Constitucionalismo contemporâneo: uma análise da situação constitucional Israelense. **Cadernos de Educación y Desarrollo**, Portugal, v. 15, n. 3, p. 2810-2836, 2023.

GRAU, Eros Roberto; FIOCCA, Demian (org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Artur. STF fixa parâmetros para intervenção do Judiciário em políticas públicas. 11 jul. 2023. **Portal Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-fixa-parametros-para-intervencao-do-judiciario-em-politicas-publicas-11072023> Acesso em: 15 nov. 2024

HÄBERLE, Peter. **Liberdade, igualdade e fraternidade** – 1789 como história, atualidade e futuro do Estado Constitucional. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez Madrid: Trota, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Identidades nacionais y postnacionales**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

HERNANDES, Luiz Eduardo Outeiro. **A legitimidade dialógica-deliberativa da jurisdição constitucional do STF**. Londrina/PR: Thoth, 2024.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Trad. Amauri Feres Saad. São Paulo: E.D.A, 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. É preciso definir a função do Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, 22 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-22/observatorio-constitucional-preciso-definir-funcao-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

HÜBNER, Conrado. **O discreto charme da magistocracia**. São Paulo: Todavia, 2024.

HÜBNER, Conrado. **Democracia e risco**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

IBGE. **Censo 2022**. Disponível em: [https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm\\_source=ibge&utm\\_medium=home&utm\\_campaign=porta](https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/?utm_source=ibge&utm_medium=home&utm_campaign=porta). Acesso em: 15 nov. 2024.

INGIZZA, Carolina. 50,9% afirmam não confiar nos ministros do STF e 42,3% dizem confiar, aponta pesquisa. **Portal Jota**. 15 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/509-afirmam-nao-conviar-nos-ministros-do-stf-e-423-dizem-conviar-aponta-pesquisa-15022024> Acesso em: 15 nov. 2024.

ITALIA. **Senato della Repubblica**. Disponível em: [https://www.senato.it/sites/default/files/media- documents/Costituzione\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media- documents/Costituzione_PORTOGHESE.pdf). Acesso em: 15 nov. 2024.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KOREAN CULTURAL CENTER. **Sobre nós**. Disponível em: <https://brazil.korean-culture.org/pt/1022/korea/776>. Acesso em: 15 nov. 2024.

KUBOTA, Flavio Hiroshi. Normas de competência constitucional: limites à atuação do juiz constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 393-429, abr.-jun. 2012.

LEAL, Roger Stiefelmann. Julgamentos ideológicos e a composição das Cortes Supremas. **Jornal da USP**. 19 nov. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=371511>. Acesso em: 12 nov. 2024.

LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Saul Tourinho. A Corte Constitucional da Coreia do Sul vista por dentro. 27 jun. 2018. **Site Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/conversa-constitucional/282613/a-corte-constitucional-da-coreia-do-sul-vista-por-dentro> Acesso em: 15 nov. 2024.

LEITE, Glauco Salomão. A dificuldade em ser contramajoritário: três décadas de jurisdição constitucional oscilante. *In*: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo Figueiredo. **30 Anos da Constituição: Múltiplos olhares sobre as suas promessas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LEON, Lucas Pordeus. Cai o número de partidos no Congresso Nacional do próximo ano. **EBC**. 5 out. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/radioagencia-nacional/politica/audio/2022-10/cai-o-numero-de-partidos-no-congresso-nacional-do-proximo-ano>. Acesso em: 15 nov. 2024.

LIMA, Vandson; MURAKAWA, Fabio. Renan resiste a cumprir liminar. Renan: depois de ter se recusado a receber a notificação na noite de segunda-feira, senador deixou oficial de Justiça esperando por quatro horas e não a assinou. **Valor Econômico**, v. 17, n. 4147, 07 dez. 2016. Política, p. A5. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/528771/noticia.html?sequence>. Acesso em: 15 nov. 2024.

LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. Cortes de vértice e reflexos das Cortes Supremas e Constitucionais na cultura e nos ordenamentos jurídicos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 16, v. 23, n. 3, set.-dez. 2022.

LINHARES, Emanuel Andrade; PINTO, Tibério Carlos Soares Roberto. Entre a bata e a toga: uma análise evolutiva do imaginário jurídico-social na atuação do magistrado. *In*: GANDA, Cláudio; SAYEG, Ricardo; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Estudos do Imaginário Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES, Othon de Azevedo. O STF está se apropriando de prerrogativas do Congresso? **SIM**. 26 jul. 2024. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/07/o-stf-esta-se-apropriando-de-prerrogativas-do-congresso-sim.shtml> Acesso em: 15 nov. 2024

LORENCINI, Bruno César; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. O Recall e sua viabilidade como solução ao Brasil. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, jan.-jun. 2017.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Teoría de la constitución como ciencia cultural**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 3. ed. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MALCHER, Andrea. Pacheco critica decisão do STF sobre maconha: “Invadindo competência”. **Correio Braziliense**. 25 jun. 2024. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/politica/2024/06/6885288-pacheco-critica-decisao-do-stf-sobre-maconha-invadindo-competencia.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

MALISKA, Marcos Augusto. O Poder Judiciário entre o voluntarismo jurisprudencial e o autoritarismo judicial. *In*: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade nas democracias**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEZZAROBA, Orides; BOLETI, Cláudia Servilha. **O caso dos exploradores de cavernas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Versão digital. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=neGVl>. Acesso em: 12 nov. 2024.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOISÉS, José Álvaro. Conflito entre os Poderes afeta a qualidade da democracia no Brasil. **Jornal da USP**. 7 fev. 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/conflito-entre-os-poderes-afeta-a-qualidade-da-democracia-no-brasil/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Argumentação jurídica e discurso constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 11, jul.-set. 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. É o STF um Tribunal Constitucional? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 7592, jul.-set. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O STF e o “neoconstitucionalismo”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOTTA, Márcio. **O STF e a crise dos poderes no Brasil**. São Paulo: RT, 2003.

MUGNATTO, Sílvia. Dirigentes de partidos e Ministério Público relatam fraudes no cumprimento de cotas para mulheres. **Política e Administração Pública**, Agência Câmara de Notícias, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Neumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEGRI, Antônio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOGUEIRA, Dora Porto. Confiança e boa-fé: mercado e regulação jurídica. **Ensaio sobre filosofia do direito**: dignidade da pessoa humana, fraternidade, democracia e justiça. São Paulo: SEDUC, PUC-SP, 2015.

NORBERG, Johann. **Progress**: ten reasons to look forward to the future. São Paulo: Citadel, 2016.

OLIVEIRA, Lucas Soares de. Metástases políticas na justiça constitucional brasileira: constitucionalismo abusivo, contraconstitucionalismo e teoria dos “vetos *players*” na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 16, n. 49, p. 51-95, jan.-jun. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A Jurisdição Constitucional para além do mito do Legislador Negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no estado democrático de direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, ano XVIII, n. 22, p. 2-26, jan.-dez. 2013.

PASSARELLI, Brasilina. Mediação da informação no hibridismo contemporâneo: um breve estado da arte. **Ciência da Informação**. Brasília, DF, v. 43 n. 2, p. 231-240, maio-ago., 2014, p. 232. Disponível em: <https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1406/1584>. Acesso em: 28 out. 2024.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. Segurança jurídica e abertura normativa: a imprescindibilidade de uma racionalidade pública no processo de construção da norma. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, n. 31, jan.-abr. 2015.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno; RAIS, Diogo. Críticas à morfologia subjetiva do Tribunal Constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano, n. 12, out.-dez. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65604>. Acesso em: 1 mar. 2018.

PENHA, Carlos; LEMOS, Laís. O Supremo Tribunal Federal e a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas: uma análise da (in)viabilidade jurídica da tese de Repercussão Geral fixada no Tema 698. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, 11(11), p. 1370-1386, 2024. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/3199>. Acesso em: 15 nov. 2024.

PERELMAN, Chaïm. **La lógica jurídica**. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLIN, Giovana; SANTOS, Manoel Leonardo. **Presidencialismo de coalizão em movimento**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.

PEREIRA, Caio. **Crise institucional entre os Poderes e a necessidade de conciliação entre o Legislativo e o Judiciário**. São Paulo: Dialética, 2010.

PESSOA, João Paulo. **A promoção da cultura constitucional como obrigação do Estado brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22070>. Acesso em: 23 nov. 2024.

PIRES, Heloisa Faria. A constitucionalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy. Controle de constitucionalidade dos decreti-lege: uma experiência italiana. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37, n. 146, abr.-jun. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-apresentacao.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

PORTUGAL. **Assembleia da República**. Composição do Tribunal Constitucional: Enquadramento Internacional. Disponível em: <https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Publicacoes/Sinteses/80.ComposicaoTC/80.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2024.

RANIERI, Rafael. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAU, Norbert. **Reforma do sistema político brasileiro**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

REDE UFSC. **Sistema de Prevenção de Ataques**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21362-21363-1-PB.htm>. Acesso em: 15 nov. 2024.

RIBAS, Fernando; JORDÃO, Marcelo. Constitucionalismo e neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 70, p. 3-19, 2010.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. **Judiciário e Legislativo: separação e equilíbrio de Poderes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- RODRIGUES, Ana Beatriz. **Democracia e controle do Judiciário**. Porto Alegre: Bookman, 2012.
- ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1977.
- ROONEY, Anne. **A história da filosofia**. São Paulo: M.Books, 2015.
- ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. São Paulo: Mandamentos, 2003.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Ações Diretas de Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/1999: caráter concreto, critério de relevância, omissão inconstitucional e ativismo. *In*: CLÈVE, Clemerson Merlin; SCHEIR, Paulo Ricardo; LORENZETO, Bruno Menezes. **Jurisdição constitucional em perspectiva**. São Paulo: RT, 2020.
- SALINAS, André de Carvalho Ramos. **Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional: A Proteção da Dignidade Humana no Direito Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan.-mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso em: 28 fev. 2018.
- SARMENTO, Daniel. A supremacia judicial e o diálogo institucional: ressignificando a questão contramajoritária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 74, p. 117-136, 2008.
- SCHMIDT, Cleber Francisco Alves. **Democracia e controle judicial**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Joseph E. Stiglitz. São Paulo: Unesp, 2017.
- SCHWARTZ, Bernard. **A Supreme Court em transição**. Brasília: UNB, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *In*: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Roberto Dias da. O STF está se apropriando de prerrogativas do Congresso? NÃO. 26 jul. 2024. **Folha de S.Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2024/07/o-stf-esta-se-apropriando-de-prerrogativas-do-congresso-nao.shtml>. Acesso em: 15 nov. 2024

SILVA, Ruy Martins Altenfelder. Politização da Justiça e ativismo judicial. Independência e harmonia dos Poderes são indispensáveis ao Estado de Direito. 01 dez. 2020. **O Estado de S.Paulo**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/opiniaio/espaco-aberto/politizacao-da-justica-e-ativismo-judicial/> Acesso em: 15 nov. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo, limites e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Jacqueline Passos da. Direitos humanos e patriotismo constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 51, p. 157, dez. 2007.

SOARES, José Reinaldo de Lima Lopes. **A Constituição como texto**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura do direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo declara validade do Novo Marco Legal do Saneamento**. 02 dez. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=477666&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional**. 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF mantém obrigatoriedade de comprovar vacinação contra covid-19 para matrícula em escolas de SC**. 13 mar. 2024. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=529510&ori=1#:~:text=S TF%20mant%C3%A9m%20obrigatoriedade%20de%20comprovar,concedida%20pelo%20ministro%20Cristiano%20Zanin](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=529510&ori=1#:~:text=S%20TF%20mant%C3%A9m%20obrigatoriedade%20de%20comprovar,concedida%20pelo%20ministro%20Cristiano%20Zanin). Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional**. 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF esclarece limites para operações policiais em comunidades do RJ durante pandemia**. 03 fev. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481169&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF define parâmetros para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas**. 10 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510329&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Histórico**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20era,com%20posterior%20aprova%C3%A7%C3%A3o%20do%20Senado>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Em balanço, presidente do STF reforça valorização de decisões colegiadas em 2023**. 19 dez. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=522869&ori=1#:~:text=N%C3%BAmeros,contra%20decis%C3%B5es%20de%20outras%20inst%C3%A2ncias>. Acesso em: 15 nov. 2024.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul.-set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70670>. Acesso em: 15 nov. 2024.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

TELLES, Joana. O STF e o poder de controle judicial. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 14, n. 1, 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOLEDO, Cláudia; MOREIRA, Luiz. Introdução para a edição brasileira. In: FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Partidos políticos registrados no TSE**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse>. Acesso em: 15 nov. 2024.

TROPER, Michel. **O juiz constitucional e a democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. v. I. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 51, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. O grande bazar de direitos. **Folha de S.Paulo**. 12 jul. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2024/07/o-grande-bazar-de-direitos.shtml> Acesso em: 15 nov. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia desafiada. 19 jun. 2024. **Folha de S.Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2024/06/supremocracia-desafiada.shtml> Acesso em: 15 nov. 2024.

VIEIRA, Renato Stanzola. Jurisdição constitucional brasileira: apontamentos sobre a nomeação de ministros para o STF e o papel do Senado Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 193-213, jan.-mar. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=52579>. Acesso em: 26 fev. 2018.

VITÓRIO, Raphael. A separação dos poderes e o controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 86, p. 33-45, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, rank, and rights**. Nova York: Oxford University Press, 2012.

ZAGURY, Tânia. Consciência Ética: é possível educar para a ética? **XVI Seminário da Comissão de Ética Pública**: educação para a ética, Presidência da República, 2015.

ZIMMERMAN, Joseph F. **The recall**: tribunal of the people. New York: State University of New York, 2013.

## REFERÊNCIAS NORMATIVAS

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 10520: 2023 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – Resumo, resenha e resensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação