SCHMITT X KELSEN: A INFLUÊNCIA QUE PREENCHE RANHURAS DA CRISE DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS E SOBRE A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ana Luiza Strapasson Costa[1]
Jean Mauro Menuzzi[2]

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De início ressaltamos nosso posicionamento, de que a crise existente nas democracias contemporâneas encontra em suas raízes no intenso debate vivido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre o exercício do poder jurídico-político exercido pelo Guardião da Constituição. No centro deste debate esteve o poder da política sobre o direito.

Vistas como fonte primária de ciência jurídica-constitucional e inspiração de várias cortes europeias, as Cortes Alemã e Austríaca, ilustram o cenário vivido por Schmitt e Kelsen e trazem reflexões introdutórias na abordagem do "Governo" exercido pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro através do ativismo judiciário.

De outra parte, oriundo de um período democrático pós-ditatorial, posiciona-se o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, independente e autônomo, tendo por finalidade a proteção de direitos e garantias fundamentais, entre outras atribuições. Partindo do fenômeno da judicialização das relações sociais, tem-se a transferência de características do legislativo para o judiciário.

Nesta perspectiva, o objetivo do presente artigo será verificar a origem dos sistemas constitucionais a fim de compreender as decisões proferidas e a nova perspectiva da racionalidade jurídica, baseado em processos sociais e na política. Utilizaremo-nos de pesquisa bibliográfica sobre o tema e método dedutivo, uma vez que partiremos de fundamentos amplos, universalmente aceitos, para tratarmos de questões específicas de decisões da suprema corte brasileira.

2 O Guardião da Constituição: Da Alemanha de Schmitt à Áustria de Kelsen e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro

[1] Acadêmica do IX Semestre de Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Frederico Westphalen. E-mail: luizastrapasson@icloud.com
[2] Filósofo, Mestre e doutorando em Direito, professor universitário pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Frederico Westphalen. Policial Civil/RS. E-mail: menuzzi@uri.edu.br

De início, cumpre ressaltar que as crises políticas existentes nas democracias contemporâneas têm suas razões que remontam a antigos aventas entre juristas detentores da prática e da teoria democrático-parlamentar. Kelsen e Schmitt viveram um intenso debate sobre o exercício do poder jurídico-político exercido pelo Guardião da Constituição. Este debate transcendeu seu tempo e encontra-se vivo nas lacunas da crise que enfrentam as democracias atuais.

Embora seja necessário ponderar o cenário vivido por Kelsen e Schmitt, é sabido que experimentamos tempos onde as crises políticas sugerem regras de caráter excepcional, muitas vezes cercadas por forças reacionárias e conservadoras de viés fascista.

O que esteve no centro deste debate foi o poder da política sobre o direito, como técnica, e a preeminência de um deles sobre o outro. Enquanto para Kelsen prevalecia o direito sobre a política, Schmitt acreditava em um "governo dos homens", o qual prevalecia a política sobre o direito. Diante deste cenário, fez-se a escolha de tratar da Áustria de Kelsen da Alemanha de Schmitt para ilustrar o cenário jurídico-político atual em suas ranhuras.

Conforme já adiantamos, Schmitt, partindo do estudo do Estado Alemão, defendeu a existência de um guardião da Constituição identificado no presidente do Reich.

> A palavra Reich é traduzida do alemão como reino ou império e é utilizada para designar alguns períodos históricos da Alemanha: o período do Sacro Império Romano-Germânico (Primeiro Reich, de 843 a 1806), os períodos dos imperadores (Kaisers – Segundo Reich, de 1871 a 1918) e o do regime nazista (Terceiro Reich, de 1933 a 1945). Muitas críticas foram dirigidas a Schmitt a partir do desenvolvimento de seu pensamento sobre a identificação de um guardião da Constituição na figura do Presidente do Reich, com destaque para a resposta apresentada por Hans Kelsen, ainda em 1931. (FURLAN, 2003, p. 130).

Para Schmitt, o guardião da Constituição estaria ao lado dos poderes constitucionais e não acima. Prevalecendo assim, uma relação de coordenação. Não teria uma atuação regulamentadora e continua, mas sim reguladora, defensora e intermediária, utilizada apenas em momentos necessários. Não obstante, cinco motivos levaram Schmitt a escolher o Presidente do Reich como guardião da Constituição.

O primeiro diz respeito ao Presidente ocupar "o centro de um sistema e independência político-partidária". Partindo de uma conjuntura político-estatal, Schmitt colocava-o como um quarto poder. Para FURLAN (2013, p. 131):

> A neutralidade era concebida como imparcialidade e objetividade, sendo certo que o Presidente do Reich estaria protegido das influências político-partidárias por gozar de independência nesse sentido. Mesmo que viesse a sofrer influências de ordem político-partidária, não haveria afetação de sua condição de neutralidade e independência a ponto de comprometer sua atuação como guardião da Constituição.

Por sua vez, o segundo motivo destacava a estabilidade do Presidente do Reich, uma vez que, possuía um mandato por período, qual seja, sete anos, o que lhe garantia independência e estabilidade no poder. Esta estabilidade permitia ao Presidente que suas atuações fossem precisas, sem que isso prejudicasse a manutenção de sua permanência no poder, ou esvaziasse suas medidas no lapso temporal de um mandato curto.

O terceiro motivo frisava a concentração de poderes suficientes para o Presidente atuar em caso de necessidade, uma vez que, possuía poderes destacados, inclusive, de legislador extraordinário dentro de um parâmetro de Estado Leginferante.

> Uma análise superficial poderia indicar que o Presidente do Reich assumiria uma posição de inferioridade em relação ao Parlamento, já que este poderia revogar decisões tomadas pelo primeiro caso não concordasse com o que ficou decidido. O aprofundamento da questão, contudo, leva à conclusão diversa, pois o Presidente do Reich pode adotar pelo menos duas posturas distintas que não integram a dinâmica ordinária do Parlamento principalmente em um Estado Legiferando em que se defenda um sistema fechado de legalidade. A primeira é a possibilidade de legislar e executar a lei que instituiu, o que não ocorre com o legislador ordinário. A segunda consiste na possibilidade de revogar pelo menos sete direitos fundamentais nos momentos de crise (FURLAN, 2003, p. 132).

Outrossim, o quarto motivo destaca a preservação do principio democrático, uma vez que, o Presidente é eleito pela totalidade do povo. Para Schmitt, a possibilidade de eleição está atrelada a soberania popular, sendo assim, conectado intimamente com o principio democrático.

Por fim, o quinto motivo representava um sistema pluralista que revelava o Estado democrático como um Estado partidário, em razão do contrapeso de grupos sociais e econômicos dentro da conjuntura do Parlamento, de modo que defenderia a unidade do povo alemão.

Schmitt não vê o Judiciário como guardião da Constituição e aponta fundamentos para justificar seu ponto de vista. Cita as atividades da Suprema Corte norte-americana, que por sua vez, já agravaram situações de exploração do trabalho infantil, por exemplo, justificando que essas atividades ampliam o desequilíbrio social. Além disso, para Schmitt, questões políticas são assuntos competentes ao legislador. Por fim, relata a experiência histórica do século XIX, onde o governo era uma esfera opressora de indivíduos, em razão da notória desconfiança que paira sobre o Legislativo e o governo, sobra o Judiciário.

Outrossim, segundo FURLAN (2003, p. 135), Schmitt acreditava que "a neutralidade da teoria pura do direito de Kelsen não passava de um reforço dos ideais liberais e de proteção da burguesia". Além disso, um Tribunal Constitucional seria responsável por atribuir poderes do legislativo ao judiciário, rompendo o sistema constitucional através da sua politização e afrontando a divisão dos poderes. Consolidando assim, uma aristocracia de toga, que violaria o principio democrático.

Embora Kelsen não faça uso da palavra "guardião", não a repele ao rebater a posição de Schmitt. Kelsen colaborou com a redação da Constituição austríaca de 1920, momento em que a Áustria deixou de ser um estado unitário e, tornou-se um Estado federativo com perfil democrático-parlamentar.

> Kelsen teve importante colaboração na redação da Constituição apontada, pois exerceu papel decisivo na criação de uma Corte Constitucional apta a fazer o controle constitucional de leis e atos administrativos individuais dos Estados-membros e da União.28 Claro que o exercício do controle concentrado de constitucionalidade não era a única atividade desenvolvida pela Corte. Por vezes, desempenhava o controle de legalidade, apesar da existência de um Tribunal Administrativo, e ainda decidia recursos após o esgotamento da cadeia de instâncias (FURLAN, 2003, p. 134).

Cumpre ressaltar, o repudio de Kelsen a via difusa do controle de constitucionalidade. Na Constituição Austríaca, era admitido de forma limitada, ou seja, somente nas questões tangentes as preliminares, não autorizando ingresso na apreciação do mérito, uma vez que, Kelsen tinha fundado receio de que as decisões preferidas no âmbito deste controle viessem a comprometer a autoridade da Constituição.

Para Kelsen, a jurisdição constitucional é a garantia jurisdicional da Constituição que tem por objetivo assegurar as funções estatais de maneira regular. Ou seja, "o exercício do controle de constitucionalidade, como mecanismo fundamental da jurisdição constitucional, deveria ser confiado a um Tribunal Constitucional" (FURLAN, 2003, p. 135).

Todavia, Kelsen vislumbrava a possibilidade de proteger minorias através do exercício da jurisdição constitucional e do controle do conteúdo das leis. Como explica FURLAN (2003, p. 136-137):

> Para Kelsen, a suposição de que política, como exercício do poder, só caberia ao legislativo, enquanto o juiz, como instrumento desse poder, apenas faria aplicar o ordenamento criado, é falsa. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar interesses conflitantes, dentro de certos limites, bem como resolver esses conflitos, está conferindo-lhe um poder de criação do direito e, portanto, um poder que "dá à função judiciária o mesmo caráter político que possui".

Por derradeiro, Kelsen não repudia totalmente e existência de um guardião da Constituição, uma vez que, reconhece a existência de outros mecanismos de defesa da Constituição, como o veto do Chefe de Estado a uma disposição legislativa inconstitucional.

2.2 O Tribunal Constitucional Alemão

A Alemanha é vista como uma fonte primária de ciência jurídica-constitucional dogmática. Diferente do Brasil que adota o sistema difuso de constitucionalidade, na Alemanha o controle

exercido é o concentrado, onde o juiz deverá sempre atentar-se a constitucionalidade da norma, independente de arguição das partes. Este aparte de nosso escrito tratará da composição e competência, do controle de constitucionalidade e efeitos das decisões, além da influencia sobre a ordem política exercida pelo Tribunal Constitucional Alemão.

O Tribunal Constitucional Alemão é dividido em dois senados, com outros juízes, uma vez que, possui natureza política. Estes senados são divididos entre o católico (preto) e o socialdemocrata (vermelho), formados pelas indicações do Conselho Federal e pelo Parlamento Federal, onde cada um indica metade dos juízes.

Pelo Principio Senatorial, a decisão de cada senado vale como decisão do tribunal. Segundo ANDRADE (2018, p. 251, apud SCHWABE, 2005), o Primeiro Senado trata de motivos referentes a direitos fundamentais, enquanto o Segundo Senado delibera sobre organização estatal. Há a reunião do pleno somente para unificar a jurisprudência dos dois senados.

Composto por 16 membros há requisitos para a investidura, no que tange a idade, mínima de 40 anos e máxima de 68, ultrapassando essa idade, ocorre aposentadoria compulsória. Este cargo é incompatível com outras atividades laborais, salvo o de docente nas universidades alemãs. No que tange as garantias, são expressas no artigo 97 da Lei Fundamental Alemã:

> Artigo 97 [Independência dos juízes] (1) Os juízes são independentes e somente subordinados à lei. (2) Os juízes titulares e nomeados definitivamente com caráter permanente não poderão, contra a sua vontade, ser destituídos antes de terminado o prazo de exercício das suas funções, ser suspensos dos seus cargos definitiva ou temporariamente, transferidos para outro posto ou aposentados, salvo em virtude de uma decisão judicial e exclusivamente por motivos e formas prescritos nas leis. A legislação pode fixar limites etários, passados os quais serão aposentados os juízes nomeados com caráter vitalício. Ao modificar-se a organização dos tribunais ou suas jurisdições, os juízes poderão ser transferidos para outro tribunal ou afastados do cargo, desde que continuem recebendo seus vencimentos integrais (ALEMANHA, 1949).

Outrossim, no tocante à competência, é delimitada no artigo 93[3] da Lei Fundamental Alemã com a previsão de normas concretas no artigo 100[4]. Conforme ensina ANDRADE (2018, p. 252,

[3] Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal] (1) O Tribunal Constitucional Federal decide: 1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior; 2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal; 2a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do Artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado; 3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal; 4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial; 4a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos Artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104; 4b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a

apud BACHOF, 2003, p. 32), a competência do Tribunal Constitucional Federal "é assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, de maneira que todos os atos normativos estejam de acordo com a Lei Fundamental Alemã (...) exercida por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos".

O Tribunal Constitucional Alemão, além de outras competências é responsável por julgar conflitos federais e entre órgãos, além de outras competências.

Qualquer pessoa jurídica ou cidadão pode interpor recurso de amparo, ou seja, recursos constitucionais, quando há violação de seus direitos fundamentais por um órgão público. Cumpre ressaltar que, os direitos fundamentais previstos na Constituição Alemã são autoaplicáveis, isto é, de eficácia plena. O exercício desta competência torna o Tribunal, um "Tribunal do Cidadão".

A analise deste recurso depende do esgotamento das instancias ordinárias. No julgamento, o Tribunal não analisa o mérito do caso concreto, apenas averigua se há violação de algum direito fundamental. Sendo assim, a legitimidade para propor é ampla, amparando qualquer cidadão alemão. Não há exigência de que seja proposta através de advogado. O rol de direitos fundamentais passível de alegação de violação está elencado nos artigos 1º a 19, como a igualdade, a proteção a dignidade humana e a liberdade, conforme ensina ANDRADE (2018, p. 253, apud MORAES, 2014, p. 152).

Visando adequar as normas à Lei Fundamental Alemã, o controle de constitucionalidade busca garantir os Direitos Fundamentais e evitar disparidade de normas. Conforme expresso nos

---

violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no Artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual; 4c. sobre o recurso de associações contra o não reconhecimento como partido para a eleição do Parlamento Federal; 5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental. (2) O Tribunal Constitucional Federal decide, além disso, por petição do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado, se, no caso do Artigo 72 §4, não subsiste a necessidade de uma regulamentação por lei federal, segundo o Artigo 72 §2, ou se o direito federal já não poderia mais ser aplicado nos casos do Artigo 125a §2, primeira frase. A constatação de que a necessidade já não existe ou que o direito da Federação não deva ser aplicado, substitui uma lei federal aprovada segundo o Artigo 72 §4, ou segundo o Artigo 125a §2, segunda frase. A petição, conforme a primeira frase, só é admissível, quando um projeto de lei segundo o Artigo 72 §4 ou segundo o Artigo 125a §2, segunda frase, tenha sido rejeitado no Parlamento Federal ou não tenha sido debatido e votado no prazo de um ano ou se um projeto de lei correspondente foi rejeitado no Conselho Federal. (3) O Tribunal Constitucional Federal atuará, além disso, nos casos que lhe forem conferidos por lei federal (ALEMANHA, 1949).

[4] Artigo 100 [Controle concreto de normas] (1). Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal. (2) Quando surgirem dúvidas num litígio, se uma norma do direito internacional público é parte integrante do direito federal, gerando diretamente direitos e deveres para o indivíduo (artigo 25), o tribunal terá de solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal. (3) se, na interpretação da Lei Fundamental, o tribunal constitucional de um Estado quiser divergir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do tribunal constitucional de um outro Estado, ele deverá submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal (ALEMANHA, 1949).

artigos 93 e 100 da Lei Fundamental, o exercício deste controle possui "monopólio decisório" pelo Tribunal.

Segundo ALENCAR (2010, p. 184) "A Corte Constitucional alemã possui duas características básicas. A primeira é que ela decide somente disputas constitucionais. A segunda decorre do fato de ela ser independente e separada do sistema judiciário regular, ou seja, ela está, em certo sentido, "fora e acima" do Poder Judiciário alemão".

No tocante ao controle abstrato, este visa julgar a constitucionalidade de atos normativos sem que seja necessário um caso concreto. Conforme ensina ANDRADE (2018, p. 253-254):

> Ocorre em casos em que há desarmonia entre lei estadual ou federal com a Lei Fundamental, seja essa desarmonia formal ou material. É possível a análise da conformidade entre Lei Estadual ou Federal e a Lei Fundamental, o controle de tratados internacionais, leis orçamentárias, desde que a sua promulgação seja posterior a promulgação da Lei Fundamental. Há, também, o controle da própria Lei Federal, desde que as formalidades e a materialidade de sua norma estejam contrariando os direitos fundamentais. Assim, é possível exercer o controle de emendas constitucionais. Apesar do controle ocorrer apenas com leis promulgadas posteriormente a promulgação da Lei Federal, poderá ocorrer, por força do art.123 da própria Lei Federal, o controle de leis e atos normativos anteriores a Lei Federal, desde que tenham sido recepcionados.

Todavia, no controle difuso, pressupõe-se a existência de um caso concreto, onde a aplicação do ato normativo esteja em desacordo com a Lei Fundamental. Cabe ao Tribunal Constitucional Alemão decidir sobre a inconstitucionalidade deste conflito existente de atos normativos entre Tribunais Estaduais.

Menciona ALENCAR (2010, p.185), "além das funções de controle de constitucionalidade acima descritas, cabe ainda à Corte Constitucional alemã apreciar o controle das eleições (*Wahlprüfung*) exercido pelo Parlamento, mediante recurso dos órgãos expressamente legitimados".

Outrossim, ensina ANDRADE (2018, p. 254) apud HESSE (1988, p.422), "os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão são geralmente vinculados. A sentença é vinculada para os outros Poderes. Portanto, o Tribunal participa de maneira limitada na direção do Estado superior".

Cumpre ressaltar que, "o tribunal não produz jurisprudência própria, mas sim atos constitucionais consecutivos, vinculantes e com força de lei" (ANDRADE, 2018, p. 255, apud SCHLAICH, 1984, p, 151).

Menciona TAVARES FILHO (2009, p. 10) que, "no recurso constitucional, anula-se a decisão ou ato administrativo; no controle de constitucionalidade abstrato ou difuso, a decisão tem efeitos, via de regra, *ex tunc* e vinculantes".

No que se refere à influência sobre a Ordem Política, importante frisar que o Tribunal Constitucional Alemão consagrou uma concepção "combatente" da democracia liberal, ou seja, de

acordo com a Constituição, defende a ordem liberal, contra indivíduos ou partidos, capazes de atingi-la. Tal como ensina o jurista FAVOREU (2004, p. 76):

> Sem duvida, o juiz constitucional orientou definitivamente a vida política. A seguir, a intervenção do Tribunal Constitucional jurisdicionou a vida e os debates políticos. O legislador está submetido ao Direito e sabe que poderá ser controlado, e, como na França, isso o levará a autolimitar-se em algumas circunstâncias. A possibilidade de solucionar todo o conflito de atribuições entre Federação e o *Länder* confere ao juiz constitucional um poder de arbitragem enorme.

Segundo HUTZLER (2018, p. 107), "a vinculação político-normativa das decisões do Tribunal Constitucional alemão tem ocorrido também de forma indireta sobre os Poderes Legislativo e Executivo". Na Alemanha, o Parlamento procura ajustar os projetos de lei à jurisprudência constitucional do Tribunal para evitar possível que estas, sejam declaradas inconstitucionais.

Como se vê, a Corte exerce um papel fundamental no estabelecimento e fortalecimento de coesão da sociedade política, como elemento estabilizador e como força de integração. Em contrapartida, a concentração de poder gera questionamentos sobre a sua legitimidade. O poder de controlar do legislador, enquanto se beneficia de uma legitimidade democrática, tornou-se símbolo de um pensamento jurídico progressista. Esses questionamentos surgiram na Alemanha após discussões acerca da lei do aborto, onde juízes constitucionais foram acusados de interferir na esfera de ação do poder político.

2.3 A Corte Constitucional Austríaca

Sendo uma das cortes constitucionais mais antigas, a Corte Constitucional Austríaca serviu de inspiração para as demais cortes europeias, o que a levou a ser um paradigma de estudo do modelo europeu. Figurada como uma Corte guardiã da Constituição e tendo Hans Kelsen como um dos seus principais inspiradores, este aparte tratará da composição e competência, do controle de constitucionalidade e efeitos das decisões, além da influência sobre a ordem política exercida pela Corte Constitucional Austríaca.

De inicio, cumpre ressaltar que a corte é formada por um presidente, um vice-presidente, doze juízes titulares e seis juízes suplentes. Segundo FAVOREU (2004, p. 42):

> A partir de 1929, o poder de nomeação pertence ao Presidente da Federação por preposição: do Governo Federal para o Presidente, o vice-presidente, seis juízes titulares e três suplentes; do Conselho Nacional, para três juízes titulares e dois juízes suplentes; do Conselho Federal, para três juízes titulares e um juiz suplente.

Uma vez nomeados, os juízes permanecem até atingir setenta anos de idade. O juiz titular ou suplente deverá ter completado os estudos de direito e ter exercido dez anos de profissão para ser nomeado.

Suas funções são incompatíveis com as de representante ou assalariado de partidos políticos, assim como, as de membro do Governo Federal, de estados (*Land)*, do Conselho Federal ou quaisquer outras representações de órgãos em geral.

No tocante à competência, suas atribuições vão além do controle de constitucionalidade das leis e tratados. A Corte Constitucional Austríaca é, primeiramente, um alto tribunal eleitoral, competente para apreciar a regularidade das iniciativas populares ou os referendos. É também, um tribunal dos conflitos, encarregada de zelar pelo equilíbrio federal e atuar como corte administrativa, julgando ofensas aos direitos constitucionalmente garantidos. Não obstante, possui atribuições de alta corte de justiça. Por fim, também pode reconhecer algumas ações sobre responsabilidade.

Segundo FERREIRA (2011, p. 5), o controle de constitucionalidade austríaco se dá por ação direta ou por consulta formulada aos juízes. Entretanto, os juízes não possuem competência para julgar a constitucionalidade de uma norma, de tal forma que, suspende-se o processo e remete-se ao Tribunal Constitucional para julgar o incidente de constitucionalidade. Após julgado, remete-se novamente ao juízo para que de prosseguimento a ação. Conforme ensina FAVOREU (2004, p.48):

> A) O controle a priori – Nos termos do artigo 138, alínea 2, da Constituição, "a Corte Constitucional decide, a pedido do governo federal ou de um governo do Land, se um ato legislativo ou administrativo é da competência da Federação ou do Länder". Esta atribuição da Corte é exercida em relação a projetos de Lei, de regulamentos – ou de outros atos administrativos – ainda não votados pelas assembleias ou publicadas pelas autoridades administrativas. A decisão da Corte, baseada nesse procedimento, é publicada no Boletom das Leis Federais e tem a mesma força obrigatória da norma constitucional. De 1925 a 1933, sete sentenças foram preferidas, e 60, de 1949 até o final de 1990.
> B) O controle a posteriori – a) Os modos de acesso: Controle pelos governos provinciais. Desde o inicio, os governos provinciais deferiram à Corte o controle de constitucionalidade das leis federais (o Governo Federal podia agir da mesma forma a respeito das leis provinciais). Tratava-se ora de fazer respeitar as regras relativas á divisão das competências entre Federações e Länder [estados], ora de regras substantivas. De fato, não parece que atualmente esse tipo de competência seja muito importante: em 1980, por exemplo, dois recursos contra as leis federais (de um total de 106) tiveram como autores governos providenciais.

No que tange aos efeitos, a Corte julga nos limites dos pedidos, ou seja, não pode pronunciar-se *ultra-petita*. Entretanto, em 1975, com a revisão constitucional, caso uma lei tenha sido feita por um órgão incompetente ou tenha sido publicada de forma irregular, poderá julgar *ultra-petita*. Sendo assim, segundo FAVOREU (2004, p. 51):

> Se a Corte decreta a anulação de lei atacada ou de alguns de seus dispositivos, as consequências dessa decisão são cuidadosamente explicadas pela Constituição. O principio

> é o da não-retroatividade da decisão anulatória: a lei cessa de ter efeitos na data da sua publicação no Boletim das Leis Federais, todavia ela conserva seus efeitos anteriores a vigorar quanto aos fatos produzidos antes da sentença.

Como se vê, os efeitos das decisões possuem caráter vinculante, gerando efeitos *erga omnes*. Com efeito, em 1988, houve a pequena coalizão entre o Partido Socialista e o Partido Liberal, momento em que, a Corte foi obrigada a tomar posições sobre questões politicamente controversas.

Atualmente, a Corte possui três funções: assegurar direitos de oposição ou minorias parlamentares, proteger minorias políticas ou sociológicas que não suficientemente representadas, como forma de combate a monopolização do debate político e, por fim, controla a objetividade e precisão das leis, visando racionalizar sua elaboração e corrigir erros resultantes de decisões políticas do monopólio, ou seja, os grandes partidos.

Menciona FAVOREU (2004, p. 57), "há alguns anos a Corte interpreta - para grande desgosto dos partidos políticos – de maneira muito mais extensiva suas atribuições em matéria de proteção dos direitos fundamentais". Ou seja, a jurisprudência da Corte tornou-se mais política e isso gerou repercussão na opinião pública.

2.4 O Supremo Tribunal Federal Brasileiro

Órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, criado em 1808, surge como órgão independente e autônomo, e assume papel expressivo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, advinda de um período democrático pós-ditatorial, que visa a proteção de direitos e garantias fundamentais, entre outras atribuições. Nesta peça de nossa discussão, trataremos da composição e competência, do controle de constitucionalidade e efeito das decisões, além da influencia política – muitas vezes vista como uma forma de "governo" – do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, conforme o artigo 101 da Constituição Federal[5], o Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. É necessário ter idade mínima de 35 anos e máxima de 65 anos, além de notório saber jurídico e reputação ilibada (BRASIL, 1988).

Dispostas no artigo 95 da Constituição Federal[6], as garantias as quais os Ministros são protegidos visam garantir o pleno exercício de suas funções, teoricamente isentos de influências

[5] 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. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

[6] Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

externas. Sendo assim, são atribuídas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. No que tange a vitaliciedade, a perda de função pode dar-se por aposentadoria compulsória ou sentença transitada em julgado, conforme ensina ANDRADE (2018, p. 258, apud SILVA, 2012, p. 593).

No tocante a competência, elencada no artigo 102 da Constituição Federal[7], ensina Alexandre de Moraes (2003, p. 467):

I - Vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
II - Inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;
III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

[7] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - Processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
i) o ***habeas corpus,*** quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;
II - julgar, em recurso ordinário:
a) o *habeas corpus* , o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
b) o crime político;
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Suas competências são definidas nos arts. 102 a 103 da Constituição Federal. Doutrinariamente, podemos dividir as principais competências do Pretório Excelso em dois grandes grupos, conforme a maneira de acioná-lo: originária e recursal. O Supremo pode ser acionado diretamente, através das ações que lhe cabe processar e julgar originariamente. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em única instância (competência originária).
Porém, igualmente, pode-se chegar ao STF através de recursos: ordinários ou extraordinários. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em última instância (competência recursal).

Segundo LEWANDOWSKI (2014, p. 39), "embora a própria Constituição defina as atribuições da Corte, existem diversas leis e emendas constitucionais que dispõe sobre competências do tribunal, assim como códigos que regulam o processamento de ações e recursos". Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, movimenta suas competências em uma base hierárquica.

No que se refere ao Controle de Constitucionalidade e Efeitos das Decisões, a Constituição Federal adotou o controle judicial repressivo, uma vez que, não se entende competente para interpretar o controle judicial repressivo. Advindo dos sistemas norte-americano e austríaco, o controle judicial repressivo ocorre na modalidade difusa e na modalidade concentrada, segundo ANDRADE (2018, p. 262).

No controle de constitucionalidade difuso, tem-se a declaração de inconstitucionalidade por meio de analise de incidente ou de exceção, de ato ou norma. Pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição. Caso seja julgado em órgão colegiado, o quórum mínimo é de oito julgadores e deve alcançar a maioria absoluta para ser declarada a inconstitucionalidade. Já no controle concentrado, a inconstitucionalidade se dá por meio da propositura de ação direta, conforme ensina ANDRADE (2018, p. 262, apud MENDES, COELHO E BRANCO, 2008).

Quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conceitua MIRANDA (2005, p. 150), que "a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade consiste em afastar do ordenamento jurídico os efeitos materiais produzidos por lei ou ato normativo, elaborado em desconformidade com o sistema constitucional e legal vigente".

Seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagem à data de publicação da lei ou ato normativo, além efeito *erga omnes* e vinculante.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tem por como função reprimir a omissão por parte dos poderes competentes que atentem contra a Constituição. Tem por objetivo

---

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.
§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

que o Judiciário reconheça a demora na produção de leis regulamentadoras para dispositivos que não produzam seus efeitos pela falta dela.

Outrossim, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, segundo MIRANDA (2005, p. 165), "a ação declaratória de constitucionalidade busca eliminar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal". Sua procedência transformará uma presunção relativa de norma suscitada em presunção absoluta. Produz efeito *erga omnes* e vinculante a decisão.

Por sua vez, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será proposta quando houver relevante fundamento de controvérsia constitucional sobre ato federal, estadual ou municipal, e inexistir outro meio hábil para a solução da mesma, segundo MIRANDA (2005, p. 171). Sua finalidade está prevista no artigo 1º da referida lei, sendo ela, "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagem à data da publicação da lei ou ato normativo, além de desencadear efeito vinculante.

Com efeito, partindo do fato de ser um órgão jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal possui papel expressivo no cenário político brasileiro. Sendo a Constituição um texto normativo prescritivo, e não descritivo, dizer que o Supremo Tribunal Federal é um elemento do Poder Judiciário não é suficiente para fazer dele um órgão do Judiciário, tão somente. Ocorre que, enxergar de forma separada e hierárquica os órgãos centrais do Brasil não abrange o fenômeno político existente. Esta idéia é uma vistosa roupagem ao fato de que o Supremo Tribunal Federal é um elemento funcional do atual sistema político brasileiro. Para OLIVEIRA (2013, p. 244):

> O STF é um órgão político de caráter nacional. O que se sustenta, contra o senso comum, plasmado este pelo discurso jurídico, e contra, principalmente, a tradição constitucional brasileira, é que o Supremo não é um órgão do Poder Judiciário. O que colocamos em evidência é que a chave de compreensão da função essencialmente política do STF - que, repitamos à exaustão, não integra o Poder Judiciário, mas sim o sistema de governo - está não na observação e no empirismo. Não basta ir aos fatos para compreender o papel do STF. A chave para tal compressão, e esta é uma espécie de sofisticação do jogo, está no próprio discurso constitucional fundante e legitimador das ações dos homens de Estado nas variantes assumidamente democráticas dos governos do século XX do ocidente.

Não obstante, o exercício da função política do Supremo Tribunal Federal efetiva o cumprimento de separação dos poderes. Também exerce sua legitimidade ao defender minorias, pois é o órgão que mais valoriza a igualdade no tratamento das partes. A publicidade e a motivação das decisões contribuem para a legitimidade da Corte junto aos seus cidadãos. Outros fatores, como

neutralidade, tradição republicana e legitimidade na definição do interesse público contribuem para o Supremo exercer suas funções políticas, segundo PAIXÃO (2007, p. 230).

1.5 O "Governo" do Supremo Tribunal Federal

Neste último ponto de nosso estudo retomamos, como pano de fundo, a disputa entre os constitucionalistas Carl Schmitt e Hans Kelsen, indagando quem deveria ser o defensor da Constituição em um país. Neste cenário, tínhamos a Europa pós-guerra, com a Áustria de Kelsen e a Alemanha de Schmitt. Para OLIVEIRA (2013, p. 242):

> O debate foi importante na consolidação europeia do paradigma constitucional, uma vez que, na prática, Hans Kelsen, enquanto juiz, foi um dos mentores da criação e implantação, na Áustria, em 1920, do primeiro tribunal constitucional de que se tem notícia. Um tribunal com esta feição, segundo ele, asseguraria a democracia parlamentar. Este tribunal constitucional sem precedentes inaugurou o que se conhece modernamente como jurisdição constitucional.

Como se vê, o procedimento de um tribunal poder decidir acerca da constitucionalidade de uma lei é compatível com o pensamento de Kelsen. Schmitt, por sua vez, homem de extrema direita e antiparlamentarista, acreditava que o papel de guardar a Constituição deveria pertencer ao Presidente da República e não a um órgão judiciário.

Diante do supracitado, levando em consideração a atuação política do Supremo Tribunal Federal, indaga-se a legitimidade da jurisdição constitucional de Kelsen. Segundo PAIXÃO (2007, p. 39):

> Na verdade ele admite que órgãos integrantes dos ramos executivo e judicial do poder possam desempenhar, a titulo excepcional, função de criação do Direito, isto é, função legislativa. Isto ocorre, por exemplo, quando o Executivo veta um projeto de lei aprovado pelo órgão legislativo, ou quando um tribunal declara nula uma lei ou uma norma infralegal, pois nesses casos o governo ou o tribunal funcionam exatamente como legisladores negativos. Ocorre também quando o governo regulamenta uma determinada lei, ou quando um tribunal julga um caso e estabelece um precedente para resolução de outros casos similares, pois – ao mesmo tempo em que se resolve uma disputa concreta – cria uma norma geral a ser observada por outros julgadores. E ao fazê-lo, o tribunal está a legislar, assim como o governo, ao expedir um decreto com disposições de caráter geral e abstrato, também está.

É notório que, para Kelsen, normalmente os tribunais desempenham função de mera aplicação do Direito. A criação do direito é uma função excepcional, e que deveriam ocorrer ao declarar inconstitucional uma lei ou regulamento, ou quando é estabelecido precedente para casos futuros. Conforme ensina TEIXEIRA (2012, p. 40):

> No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação. Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade.

Em sua origem, Constituição representava a proclamação de direitos fundamentais que, também, estabelecia regras. Esta era a Constituição visualizada por Kelsen. Conforme OLIVEIRA (2013, p. 244):

> O STF é um órgão político de caráter nacional. O que se sustenta, contra o senso comum, plasmado este pelo discurso jurídico, e contra, principalmente, a tradição constitucional brasileira, é que o Supremo não é um órgão do Poder Judiciário. O que colocamos em evidência é que a chave de compreensão da função essencialmente política do STF - que, repitamos à exaustão, não integra o Poder Judiciário, mas sim o sistema de governo - está não na observação e no empirismo. Não basta ir aos fatos para compreender o papel do STF. A chave para tal compressão, e esta é uma espécie de sofisticação do jogo, está no próprio discurso constitucional fundante e legitimador das ações dos homens de Estado nas variantes assumidamente democráticas dos governos do século XX do ocidente.

No Brasil, ocorreu o fenômeno da judicialização das relações sociais, este fenômeno representa uma expansão do poder dos magistrados e, consequentemente, o a transferência de características do legislativo ao judiciário, no tocante a criação normativa e, a criação de técnicas decisórias não habituais utilizadas. Conforme ensina TEIXEIRA (2012, p. 42):

> A Política encontra-se acometida pela burocracia – e progressiva burocratização – do Estado, pela insuficiência regulatória, pelo descompasso frente à realidade social e pelo déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares que suas respectivas sociedades projetam. Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política.

Diante disso, o magistrado passa a atender demandas que desviam das técnicas hermenêuticas e da racionalidade jurídica, que fundamentavam o positivismo jurídico. Assim, passamos a ter uma nova perspectiva de racionalidade jurídica, que resulta de processos sociais baseados no direito e na política.

Segundo BOSCH (2015, p. 9), no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a atuação deficitária dos demais poderes, a omissão e a inércia de nossos governantes, conter o ativismo judicial tornou-se uma tarefa difícil, razão pela qual, o judiciário passou a atuar positivamente na concretização de direitos fundamentais e inovação da ordem jurídica. Para KOERNER (2013, p. 72)...

> O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria prejudicial à construção conceitual do Estado de direito, requisito para um sistema político democrático capaz de atender às exigências da dignidade humana. O risco pode estar na perda de medida das decisões, na falta de justificação ou no desvio da atenção quanto aos problemas de reforma política.

Por outro lado, a conjuntura inaugurada com a Operação Lava Jato contribuiu para demonstrar problemas que versam sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Fragmentada, a Corte "não atua como um órgão colegiado que delibera conjuntamente para firmar uma jurisprudência que sirva de parâmetro geral", conforme observa BARBOSA (2018, p. 9). Para GUNDIN (2017, p. 397)...

> Ocorre que, além das reações favoráveis ou desfavoráveis ao que se tem decidido, fica cada vez mais nítido que os posicionamentos apresentados por referido órgão, no mais das vezes, constituem razões decisórias totalmente divergentes e, em algumas ocasiões, até mesmo inconciliáveis, razão pela qual os Ministros são comumente identificados como "onze ilhas" dotadas de autossuficiência no processo decisório.

Para GUNDIN (2017, p. 398), as "ilhas" são caracterizadas por uma pretensão de autossuficiência decisória em que cada um dos Ministros limita-se a expor os argumentos que o levaram a decidir desta ou daquela forma, acreditando que a sua "convicção pessoal" individual basta por si mesma para a adequada prestação jurisdicional reclamada.

Hoje, não há uma decisão da Corte, e sim, uma somatória de onze votos, que já se encontram redigidos antes da própria discussão em plenário, onde deveria haver entre os Ministros, uma robusta discussão. Tal como argumenta segundo VIEIRA (2008, p. 458), esta discussão manteria a integridade do Supremo, enquanto órgão colegiado. A decisão acordada daria mais consistência às decisões que geram grande impacto político.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, percebe-se que, enquanto para Kelsen o direito prevalecia sobre a política, para Schmitt acontecia o oposto, prevalecendo assim, a política sobre o direito. Kelsen atribuía o papel de proteger a Constituição ao Poder Judiciário, enquanto Schmitt acreditava que esta função deveria pertencer ao Chefe de Estado.

Todavia, para Kelsen, a criação do direito no tribunal deveria ser excepcional, oriunda da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou decreto e até mesmo estabelecer precedentes para

casos futuros, a fim de proteger a Constituição. Ocorre que, o ativismo judiciário passou a inovar o direito e legislar, muitas vezes atentando contra a própria Carta Magna, que deveria ser resguardada pelas Cortes Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal.

A judicialização das relações sociais expandiu o poder de magistrados de tal forma que, como consequência, transferiram-se características do legislativo ao judiciário em relação à criação normativa e técnicas decisórias. O ativismo judicial com a entrada em vigor da Constituição de 1988 impulsionou a atuação mais presente do Supremo Tribunal Federal na sociedade.

Outrossim, a insuficiência regulatória do Estado, em descompasso com a realidade social e a constante burocratização coloca o ativismo judicial a discutir os limites existentes entre direito e política.

Por derradeiro, pode-se concluir que a necessidade de atender as demandas sociais fez com que se desviassem das técnicas hermenêuticas e da racionalidade jurídica, fundamentando o positivismo jurídico na concretização de direitos fundamentais e inovação na ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da Republica Federal da Alemanha. Tradução: ASSIS MENDONÇA, Aachen. Berlin: Deutscher Bundestag, 2019.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. **Controle de Constitucionalidade nos Sistemas Norte-Americano, Austríaco e Alemão:** Analise Comparada e a Tendência de Convergência. Revista Direito Público. V. 3, Nº 32, 2010. Disponível em <portaldeperiodicos.idp.edu.br> Acesso em 19 mar 2020.

ANDRADE, Eliane Vila Real de. et al. **Analise Comparativa da Composição do Supremo Tribunal Federal, da Suprema Corte Americana e do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Belo Horizonte: Virtua Jus, v. 3, n. 4, p. 248-270, 2018.

BARBOSA, Samuel. **Apresentação:** O Mal-Estar no Supremo. V. 37, nº 1. São Paulo: Novos Estudos, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/nec/v37n1/1980-5403-nec-37-01-9.pdf> Acesso em 06 abr. 2020.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 3 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BOSCH, Marcia Helena. **Mutação Constitucional e Ativismo Judicial.** Revista da PUC-SP: São Paulo, 2015. Disponível em <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf> Acesso em 05 abr. 2020.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** Tradução: SILVA, Dunia Marinho. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado:** Uma Discussão sobre a Legitimidade para Exercer a Jurisdição Constitucional. V. 5. Nº 2, 2011. Uberlândia: Portal de Periódicos - Universidade Federal Uberlândia, 2011.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **O Guardião da Constituição:** debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 3, nº 11, jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUNDIN, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. **Justiça Aristotélica e as Onze Ilhas do Supremo Tribunal Federal:** A possibilidade de Justiça no Caso Concreto. V. 16, Nº 04. Brasília: Revista da AGU, 2017.

HUTZLER, Fernanda Souza. **O Ativismo Judicial e seus Reflexos na Seguridade Social.** Série Monografias do CEJ, v. 33. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?** Jurisprudência e Política no STF pós-88. São Paulo: Novos Estudos, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf> Acesso em 06 abr. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEWANDOWSKI, Andressa. **O Direito em Última Instância:** Uma Etnografia do Supremo Tribunal Federal. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade de Brasilia. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual da Metodologia da Pesquisa no Direito**. 4 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13º Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. **O Sistema Político Hoje:** o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. Sociologias, ano 15, nº 33. Porto Alegre, 2013. Disponível em <scielo.br/pdf/soc/v15n33/v15n33a08.pdf> Acesso em 29 mar. 2020.

PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Faculdade de Direito, 2007. Disponível em <PAIXAO_Funcao_Politica_do_STF.pdf>. Acesso em 30 mar. 2020.

PINTO, Roberto Bueno. **Carl Schmitt X Hans Kelsen:** Defensor ou Senhor da Constituição?. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 103-136. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/42346/26942> Acesso em 25 maio. 2020.

TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais Constitucionais.** Brasília/DF: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial:** Nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política. São Paulo: Revista Direito GV, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf> Acesso em 02 abr. 2020.

TRINDADE, André Karan. MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial:** As Experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, nº 53, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** São Paulo: Revista Direito GV, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em 06 abr. 2020.