

**CENTRO UNIVERSITÁRIO BRASILEIRO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

PAULO GOMES DE ANDRADE NETO

**MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA PELO
STF**

RECIFE/2023

PAULO GOMES DE ANDRADE NETO

MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA PELO STF

Monografia apresentada ao Centro
Universitário Brasileiro- UNIBRA, como
requisito para conclusão da disciplina de
Monografia

Orientador: Professor Me. Márcio Marques

RECIFE/2023

Ficha catalográfica elaborada pela
bibliotecária: Dayane Apolinário, CRB4- 2338/ O.

A554m Andrade Neto, Paulo Gomes de.
Mitigação da cláusula democrática pelo STF/ Paulo Gomes de Andrade
Neto. - Recife: O Autor, 2023.
79 p.

Orientador(a): Me. Márcio Marques.

Monografia (Graduação) - Centro Universitário Brasileiro – UNIBRA.
Bacharelado em Direito, 2023.

Inclui Referências.

1. Fenômenos neoconstitucionais. 2. Supremo Tribunal Federal. 3.
Déficit democrático. 4. Judicialização da política. 5. Interpretação
constitucional. I. Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA. II. Título.

CDU: 34

PAULO GOMES DE ANDRADE NETO

MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA PELO STF

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Orientador Professor Me. Márcio Marques

Examinadora Professora Manuella Cristina Oliveira de Souza

Examinador Professor Me. Márcio Marques

Examinador Professor Leandro das Chagas Felix Matias

Recife, ____/____/____

NOTA: _____

Primeiramente dedico a Deus, por me capacitar e pela sua grande misericórdia, a minha amada esposa Fabiana e aos meus filhos abençoados Breno, Daniel e Davi, pelo apoio e crédito em mim, mesmo nos momentos de desânimo, conseguiram, com paciência e por amor, me guiar ao caminho da vitória.

AGRADECIMENTOS

Expresso minha gratidão a Deus, a ele dedico toda honra, glória e adoração, pois sem sua orientação e bênçãos, eu não teria chegado tão longe. Sua sabedoria e graça, me guiaram em cada etapa deste processo, e sou profundamente grato por sua presença constante em minha vida. Agradeço de coração a todas as pessoas que me apoiaram e permaneceram ao meu lado durante a elaboração deste trabalho. Em especial, quero expressar minha gratidão à minha amada esposa Fabiana, que foi minha rocha e fonte de inspiração ao longo dessa jornada acadêmica.

Fabiana, seu amor incondicional, paciência e incentivo constantes foram fundamentais para que eu pudesse me dedicar a este trabalho. Seu apoio inabalável me deu forças nos momentos mais desafiadores, e sou imensamente grato por ter você ao meu lado.

Também gostaria de agradecer aos meus filhos Breno, Daniel e Davi, por trazerem alegria e luz à minha vida. Vocês são minha motivação e o combustível para alcançar meus sonhos. Seu amor e compreensão são um presente que valoriza profundamente.

Não posso deixar de mencionar meus familiares, que sempre me apoiaram em todas as minhas empreitadas. Seja nos momentos de celebrar ou nas dificuldades, vocês aguardem presentes, oferecendo seu amor, encorajamento e sabedoria. Sou grato por cada um de vocês.

Agradeço também aos meus amigos, aqueles que permaneceram ao meu lado desde o início dessa jornada e aqueles que conheceram ao longo do caminho. Suas palavras de incentivo, discussões enriquecedoras e apoio moral foram fundamentais para que eu pudesse perseverar e concluir este trabalho.

A todos vocês, meu mais sincero e profundo agradecimento. Vocês são parte fundamental da minha jornada e sou encorajado por tê-los ao meu lado. Que possamos compartilhar muitos momentos de felicidade e sucesso juntos no futuro.

“A tarefa não é tanto para ver o que ninguém viu ainda, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre o que todo mundo vê”.

(Arthur Schopenhauer)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os efeitos dos fenômenos neoconstitucionais na interpretação do STF e na hermenêutica constitucional moderna. Em particular, busca-se examinar os impactos do chamado *déficit* democrático na aplicação dos direitos sociais e econômicos. Pretende-se investigar o comportamento cognitivo do STF diante de fenômenos como mutação constitucional, zona de penumbra, panconstitucionalismo e transconstitucionalismo, bem como sua posição frente aos demais poderes e os riscos da judicialização da política. A pesquisa será conduzida por meio do método dedutivo, utilizando fontes documentais, jurisprudenciais e bibliográficas. Como resultado, conclui-se ser essencial promover uma transformação no direito frente à interpretação da STF, sem abandonar completamente o sistema clássico. Além disso, é importante explorar a possibilidade de um modelo misto, combinando características do *civil law* e do *common law*, dentro de um consenso jurídico. Por fim, é fundamental considerar os riscos de uma mitigação da cláusula democrática pelo STF. A possibilidade de um ativismo judicial exacerbado e de decisões políticas tomadas pelo Judiciário pode comprometer a separação dos poderes, enfraquecer a soberania e gerar insegurança jurídica. Portanto, é necessário encontrar um equilíbrio adequado na interpretação constitucional, preservando tanto a proteção dos direitos fundamentais quanto a estabilidade do sistema jurídico e político do país.

Palavras-chave: Fenômenos neoconstitucionais; Supremo Tribunal Federal; *Déficit* democrático; Judicialização da política; Interpretação constitucional.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the effects of neoconstitutional phenomena on the interpretation of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and modern constitutional hermeneutics. In particular, it seeks to examine the impacts of the so-called democratic deficit in the application of social and economic rights. The cognitive behavior of the STF in the face of phenomena such as constitutional mutation, zone of twilight, panconstitutionalism, and transconstitutionalism, as well as its position vis-à-vis the other branches of government and the risks of judicialization of politics, will be investigated. The research will be conducted through deductive method, utilizing documentary, jurisprudential, and bibliographical sources. As a result, it is concluded that it is essential to promote a transformation in the law in light of the STF's interpretation, without completely abandoning the classical system. Additionally, it is important to explore the possibility of a mixed model, combining characteristics of civil law and common law, within a legal consensus. Finally, it is crucial to consider the risks of mitigating the democratic clause by the STF. The possibility of excessive judicial activism and politically driven decisions by the Judiciary can compromise the separation of powers, weaken sovereignty, and generate legal uncertainty. Therefore, it is necessary to find an appropriate balance in constitutional interpretation, preserving both the protection of fundamental rights and the stability of the country's legal system.

Keywords: Neoconstitutional phenomena; STF (Supreme Federal Court); Democratic deficit; Judicialization of politics; Constitutional interpretation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental
ABJD – Associação Brasileira dos Juízes e Desembargadores
AJD – Associação dos Juízes e Desembargadores
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
EC – Emendas à Constituição
EUA – Estados Unidos da América
IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
OMC – Organização Mundial do Comércio
PGR – Procuradoria Geral da República
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência.
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STM – Superior Tribunal Militar
TJ – Tribunal de Justiça
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UFPR – Universidade Federal do Paraná
UE – União Europeia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A INTERPRETAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO MODERNO	15
2.1 Neoconstitucionalismo moderno x contemporâneo.....	15
2.2 Hermenêutica constitucional	18
2.3 A interpretação tridimensional de Miguel Reale	20
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS	24
4. PRINCÍPIOS LIBERAIS E SOCIAIS E O PROTAGNISMO DO STF	27
5. CONTROLE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	29
5.1 Controle do poder executivo exercido em relação ao legislativo	30
5.2 Controle constitucional exercido pelo Supremo Tribunal Federal.	32
6. O FRÁGIL LIMITE CONSTITUCIONAL ENTRE POLÍTICA E O JUDICIÁRIO ...	35
6.1 Ativismo judicial e o protagonismo do STF	35
6.2 A judicialização e o protagonismo do STF	37
6.3 Expansão do poder do Supremo Tribunal Federal.....	40
7. A VISÃO COGNITIVA E COMPORTAMENTAL DO STF	50
7.1 Da cognição ao comportamental da corte.....	51
7.2 O equívoco da imparcialidade do julgador	52
8. FENÔMENOS NEOCONSTITUCIONAIS PARA O BRASIL	56
8.1 Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo	57
8.2 Panconstitucionalismo e transconstitucionalismo	59
8.3 Os riscos a democracia.....	60
8.4 Mutação constitucional.....	62
8.5 Zona De Penunbra.....	62
9. OS PERIGOS DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO NO BRASIL	64
10. DA MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA	66
10.1 Da cláusula democrática de Hans Kelsen.....	67
10.2 Da mitigação da cláusula democrática pelo STF	68
11. EFEITOS DO <i>COMMON LAW</i> NO MODELO JURÍDICO BRASILEIRO	69
12. CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
13. REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

Frente ao enorme arcabouço jurídico, a presente pesquisa fundou-se no campo do direito constitucional, na vista do neoconstitucionalismo moderno, que buscou a compreensão na formação das doutrinas apresentadas pelos Ministros da Suprema Corte, e os seus comportamentos cognitivos. A presente pesquisa entendeu a existência de equívocos clássicos acerca da imparcialidade do julgador, a aplicação de suas doutrinas em julgados, em especial nos controles abstratos, estreitando o controle difuso, quase transformando-o em dispositivo acessório ou mesmo secundário do controle concentrado.

Os impactos da expansão do poder judiciário, vem demonstrando grandes esforços por parte dos juristas, além dos cientistas políticos, em compreender as interpretações aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange, a aplicabilidade dos direitos fundamentais frente a literalidade do texto constitucional, que de maneira eloquente, tenta captar o verdadeiro espírito da Constituição, pela vontade do que buscava a Constituinte.

A uma inevitabilidade acerca do posicionamento do Poder Judiciário, que vem ultrapassando os limites da função de fiscal das leis, ou seja, sua posição como Legislador Negativo, o transporta, além das fronteiras de aplicador das leis, o tornando Legislador Positivo, na efetivação das garantias fundamentais, a exemplo do que ocorre em Súmula Vinculante, processos coletivos, demandas repetitivas, e de repercussão geral, frente a aplicação em caso concreto, e até mesmo em controle abstrato, acerca da atuação do Poder Legislativo e do Executivo.

Vale ressaltar que a presente pesquisa, visou fundamentação em achados jurídicos, artigos científicos publicados, além de analisar os julgados da Suprema Corte, e a própria doutrina moderna e clássica, com esforços para afastar qualquer inclinação política partidária, estreitando a visão apenas e meramente científica do tema.

Dito isso, notasse que os efeitos, atualmente, superam a simples leitura acerca da aplicabilidade da Constituição Brasileira, e das normas infra e supraconstitucionais, em muito, controlando atos dos demais poderes. Essa atuação atípica, acaba acarretando no surgimento de um fenômeno, quase como que uma seqüela, conhecida pelos juristas como Ativismo Jurídico, visto em julgados de tribunais inferiores, de uma extremidade a outra, até mesmo por juízes de primeira

estância, em decisões que cercam temas políticos, tomando a frente da solução de conflitos políticos e que acabam refletindo na sociedade, em decisões que eram anteriormente discutidas apenas no campo político. Surge então, pelos motivos expostos, o surgimento de outro fenômeno, chamado de judicialização da política ou mesmo a politização do judiciário.

Dito isso, fica evidente que o Tribunal Superior Eleitoral e inclusive o Supremo Tribunal Federal, vem apresentando comportamento muito ativo frente as garantias institucionais, tendo maior protagonismo em seus julgados, em temas de grande repercussão sobre a política, não medindo esforços para garantir os direitos fundamentais. Desta forma, esse protagonismo, ganha dimensões no campo político, que conforme o Ministro Luís Roberto Barroso, que será analisado ao decorrer deste trabalho, se ver presente em toda Constituição de países democráticos.

Num segundo momento, será analisado o Controle de Constitucionalidade e seu aspecto híbrido, num modelo que combina o controle difuso e do controle concentrado.

Com a dinâmica lógica do movimento progressista do século XXI, que dinamizou a lógica a termos da ascensão das culturas sociais e trabalhistas, sem excluir o comportamento político, colocando os representantes do povo, em posição delicada, frente aos representados, surgindo uma problemática. Portanto, entendessemos que, vem sendo defendido por alguns juristas, que o Brasil, na verdade diante aos conflitos políticos e de interesse deles, o país já vem entrando em *déficit* democrático, sendo que outros acreditam já ter iniciado.

Notasse que, com o protagonismo do STF, ao decorrer dos 35 anos de Constituição da República Federativa do Brasil, a linha das gerações anteriores dos Ministros, teve um avanço significativo na aplicação do controle concentrado e sua sobreposição acerca do controle difuso, após a conformidade da Emenda à Constituição nº 03 de 1993, que trouxe a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, além de trazer grandes mudanças, sobretudo em matéria de direitos fundamentais com a da Emenda à Constituição nº 45 de 2004, e com o surgimento da Lei n.º 11.417 de 2006, conhecida como lei da súmula vinculante, no qual se analisa neste trabalho, o posicionamento crítico de Ministros, antes de assumirem o cargo na suprema corte,

acerca da lei, diante o avanço do poder na aplicação pelo STF, inclusive o tornando Legislador Positivo, além do instituto da Repercussão Geral, entre outros.

Em terceiro momento, foi analisado à relação entre os demais poderes, e a polêmica surgida por este ponto, cria uma inevitabilidade do avanço no protagonismo alcançado por toda camada do judiciário, sobretudo pelo STF.

Foi construído um tema que basicamente analisa esse protagonismo, e as consequências da visão neoconstitucional moderna do STF, que demonstra um perigoso caminho na interpretação através da doutrina, confrontando o texto constitucional, ao analisar as fontes do direito, primária e secundária. Notasse que à uma luta constante em buscar a pretensão do legislador originário, e sua verdadeira intenção. Esta visão cria um risco ao sistema atual, pois se percebe que a mescla entre o modelo *civil law* e o *common law*, e embora não seja positivado na Constituição, se debruça exclusivamente em doutrinas e em teorias jurídicas, o que acaba trazendo uma ideia conceitual de uma “tricotomia”, quando o aspecto é interpretação, aplicação e positivismo constitucional, trazida nesta pesquisa. Portanto, a atual visão científica e acadêmica ou mesmo em unidades de ensino, notasse um modelo ortodoxo, que se distância da realidade aplicável no sistema jurídico brasileiro, se prendendo de forma quase que exclusiva ao modelo *civil law*, e neste ponto, percebe-se a gritante frustração dos operadores do direito, frente a decisões da Suprema Corte, que por vez, apresenta a aplicação de um modelo híbrido.

Dito isso, não há de se analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal, na visão meramente literal da norma.

Acerca desses modelos paradigmáticos, foi analisado o neoconstitucionalismo, numa visão defendida neste trabalho como sendo moderna, sobre os reflexos doutrinários defendidos pelos Ministros, reconhecidos notoriamente pela comunidade científica como constitucionalistas, da Suprema Corte, norteado pelos artigos e livros publicados por eles, quais sejam, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes.

Por outro lado, observe-se que surgem consequências, do chamado ativismo judicial, com as crescentes escaladas dos chamados fenômenos neoconstitucionais, e que com os efeitos da lei de Súmula vinculante, submete as decisões do STF, no que pode ser constitucional ou não. Desta forma, percebe-se que essa atuação transmite a sensação de que a Suprema Corte legisla.

Ao fim, se corroborou a hipótese levantada, já que o crescente grau de adesão dos Ministros ao paradigma neoconstitucionalistas, demonstra que a fonte secundária, ou seja, a doutrina, vem superando a fonte formal, deixando evidente que já se vive um sistema híbrido, diferente do sistema jurídico baseado na lei como fonte imediata, romano-germânico, *civil law*, que se utiliza de normas positivas na solução de litígios.

Nas considerações finais, destacou-se, a transformação de um sistema tradicional, apresentando medidas de contenção ao avanço dos fenômenos neoconstitucionais, mitigando seus riscos ao Estado democrático e ao poder jurisdicional da constituição e das instituições, em um modelo mesclado, e nesse processo, utilizando-se como parâmetro a aliança das garantias fundamentais e a vontade do julgador, esmiuçando a própria doutrina por eles criadas e aplicadas no sistema jurídico contemporâneo.

2 A INTERPRETAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO MODERNO

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO MODERNO X CONTEMPORÂNEO

O neoconstitucionalismo trouxe uma nova interpretação normativa, deixando para trás suas características retóricas e passou a buscar um modelo normativo axiológico, ou seja, valorizando a Constituição diante das normas infraconstitucionais, não apenas em termos de grau, mas também do valor em si¹. Trata-se de um movimento que se desenvolve na segunda metade do século XX e seu objetivo é alterar, modificar a forma de compreender, interpretar, compreender e aplicar as normas constitucionais bem como o direito constitucional. A ideia principal do neoconstitucionalismo é buscar a eficácia da constituição e segundo essa ideia o texto da constituição não pode ter um caráter meramente retórico, deve por tanto, ter um caráter mais efetivo, principalmente pelo fato de que busca concretização dos direitos fundamentais.

Pode ser caracterizado por 3 (três) marcos principais e são eles, histórico que é o estado constitucional de direito que surge nas últimas décadas do século XX. Filosófico é o pós-positivismo, movimento que prega uma reaproximação entre o direito com a ética, a justiça e a moral, não desconsiderando o direito posto como sugere o positivismo do século XIX. Teórico, que traz um conjunto de mudanças que inclui a força normativa² da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e um conjunto de novas técnicas de interpretação da constituição, conhecido de nova hermenêutica constitucional.

Entre suas características estão; a) a constitucionalização do direito, que trata a constituição como centro de todo ordenamento jurídico. Daqui nasce a ideia, por exemplo do direito civil constitucional, direito tributário constitucional, etc.

Trata-se de uma ideia atrelada a expressão ubiquidade constitucional. b) O reconhecimento da força normativa da constituição, o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos.

Conclui-se aqui, sendo as normas constitucionais não somente regras, mas também os princípios jurídicos. c) Efetividade e concretização dos direitos

¹ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 4. ed. Belo Horizonte, 2021, p. 31.

² A expressão **força normativa** foi utilizada pelo Konrad Hesse, foi um jurista alemão que, de 1975 até 1987, exerceu a função de Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, localizado em Karlsruhe, acerca da essência da força da norma constitucional – FONTE: HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

fundamentais, tendo como núcleo axiológico, qual seja o valor ativo da dignidade da pessoa humana e neste aspecto passa a ter uma importância ímpar no contexto do neoconstitucionalismo. d) a inserção da filosofia do direito nos debates constitucionais. e) existe ainda a reaproximação do direito com a justiça, ética e a moral. f) A expansão da jurisdição constitucional. g) a releitura do conceito de norma por meio de uma nova teoria da norma com o reconhecimento da normatividade dos princípios, fontes do direito pela nova teoria das fontes com o fortalecimento do poder judiciário na concretização da constituição e com a nova teoria da interpretação por intermédio de novos métodos de interpretação, quais sejam, teoria da argumentação, o princípio da proporcionalidade, etc. h) a judicialização da política e relações sociais, talvez esse seja o ponto mais polêmico entre todos. Visto com bastante frequência na atualidade, a ideia de judicializar tudo, a exemplo do que ocorre com células troncos, sistema de cotas, etc., tudo passa a ser judicializado. Deslocando o legislativo e tornando o judiciário protagonista, não rara às vezes em que o judiciário com base na teoria do mínimo existencial, passam a interferir em políticas públicas.

Para o Ministro do STF e professor Luís Roberto Barroso, em artigo publicado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, de 2005, ao criticar que o direito, entre suas características nos últimos séculos, mostra hoje uma incapacidade de proporcionar as instâncias inferiores, o que o autor chama de “dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos”³, quais sejam, a segurança e a justiça, acaba que proporcionando uma imediata atenção para sua análise.

Contudo, sua crítica conduz a um pensamento de que o professor Barroso apresenta críticas atuais nas atuações do judiciário, mirando na atuação dos operadores do direito, que não tão recentemente vem se tornando cada vez mais políticas quando diz, “os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política (...)”. O professor Barroso explica e justifica de que forma o judiciário, liderado pelo próprio STF, vem conduzindo essa posição mais política, como esclarece na citação transcrita:

³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro, 2005, p.2 e 46.

“Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.”⁴

Ao que parece, o Ministro Barroso, provoca o pensamento, quase que uma sugestão, baseada na subjetividade de quem lê, trazendo uma nova roupagem para o poder judiciário.

Esse novo formato de leitura da norma constitucional, apresentada pelo professor Barroso em artigo publicado em 2005, parece contrapor a sua própria obra intitulada, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, de 2017.

Neste, o autor não abandona a ideia de uma justiça politizada, mas apresenta a ideia que endossam o olhar de um judiciário com viés político:

“A maior parte dos Estados democráticos do mundo, reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, isto é, por agentes públicos que não são eleitos.”⁵

A constituição possui uma certa durabilidade, em razão de conseguir mesclar os princípios liberais com os princípios sociais, a exemplo do que acontece com a iniciativa privada, os direitos individuais, a proteção à propriedade e ao mesmo tempo instituiu os direitos sociais. Os direitos de 2ª (segunda) dimensão, conhecidos como o marco dos direitos sociais e coletivos, em âmbito de direitos humanos, trazem os direitos como auxílio maternidade, décimo terceiro, férias e que eram matérias infra constitucionais, como é o caso do que acontece ainda na Constituição dos EUA. Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, esses direitos passaram a ser matéria constitucional, como no caso de ter tornado a saúde direito do povo, o artigo 196, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁶.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro, 2005, p.45 e 453

⁵ Ibidem, p.453

⁶ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Outro ponto, também garantido pela CF/88, pode ser visto no art. 6º, “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁷. Quando se vê direito à alimentação e moradia tratamos de direitos sociais, é o que permite uma perspectiva duradoura para o texto constitucional atual.

Ocorre que em vias de crescimento das cobranças para aplicação dos direitos sociais e mais exigências, se é possível chamar de limitação dos direitos liberais, econômicos e o aumento exponencial da politização no judiciário e entendendo que o cenário político está em constante movimentação, á de se esperar o surgimento de fenômenos consequenciais e as consequências dessa judicialização da política numa análise mais aprofundadas, serão esmiuçadas em capítulo próprio do presente trabalho.

2.2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Hermenêutica (*hermeneuein*), palavra de origem grega, tem sido chamada de filosofia da interpretação, e traduz tudo o que a mente humana não conseguia compreender. O termo, hermenêutica como gênero, atualmente, ganhou um significado em que traduz “a arte de interpretar”, e passou a dar sentido na interpretação de textos. É uma junção ligada ao deus da mitologia grega Hermes⁸, “deus-intérprete”, tendo como um dos percussores o filósofo Baruch Espinoza no séc. XVII⁹. Ainda é atemporal e com as devidas atualizações parece responder à situação atual em que se encontra o Brasil, trazendo semelhanças durante os acontecimentos da Revolução Científica, termo criado em 1939 por Alexandre Koyré, citado por Antonio Gasparetto Junior¹⁰, mas que teve seu início no século XV a XVII e que trazia um conhecimento mais estruturado, criando formas empíricas de se

⁷ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁸ AMORIM, Alexandre. **Hermes, a metáfora do mensageiro na interpretação**. 2013. Revista *online Educação Pública*. Rio de Janeiro. FONTE: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/13/2/hermes-a-metaacutefora-do-mensageiro-na-interpretaccedilatildeo#:~:text=O%20termo%20hermen%C3%AAutica%20tem%20por,deus%20Hermes%2C%20da%20mitologia%20grega>

⁹ DELEUZE, Gilles. Espinoza: filosofia prática. 1ª.ed. São Paulo. Editora Escuta, 2002.

¹⁰ KOYRÉ, Alexandre *apud* GASPARETTO, Antonio Junior. **Revolução Científica**. site infoescola, 2020. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/revolucao-cientifica/>

verificar fatos, onde o desenvolvimento de campos científicos como a biologia, química, etc., a exemplo da revolução darwiniana, pelas contribuições de Charles Darwin 1809-1882, revolução Einsteiniana, referindo às teorias desenvolvidas por Albert Einstein 1879-1955, a revolução copernicana, encabeçada por Nicolau Copérnico 1473-1543, voltada a astronomia e a física, e onde Isaac Newton 1643-1727 e Galileo Galilei 1564-1642 se destacaram, a revolução indeterminista, que fizeram surgir os fundamentos da ciência clássica, às custas das ideias predominantes estabelecidas pela igreja e religião¹¹.

No âmbito do direito constitucional, pode ser entendida como a resolução das antinomias jurídicas, ou colisões entre princípios constitucionais e dos bens constitucionalmente tutelados, que por sua vez, devem ser interpretadas por meio da hermenêutica constitucional. Também deve ser mencionado o princípio da unidade Constitucional, que garante que os juízes não possam interpretar e analisar as normas constitucionais isoladamente.

A contemporaneidade da teoria de Baruch Espinoza, demonstrado na obra, “Democracia e direito em Espinoza: considerações a respeito de uma hermenêutica Espinozista frente ao Brasil de 2019”, continua contribuindo em especial para o campo jurídico brasileiro¹². De tal modo que o presente trabalho busca analisar, sob a égide da reinterpretação constitucional e os limites da liberdade de expressão jurídica.

Compreende hermenêutica jurídica o conjunto de técnicas que são utilizadas para interpretação de normas jurídicas de caráter infraconstitucional, sem o *status* de norma constitucional, em outras palavras, essas técnicas são ferramentas, em sua essência, para interpretação de leis¹³.

Ao analisar os aspectos do tópico anterior, chega-se à conclusão que a hermenêutica jurídica não se vê suficiente para atender e interpretar a norma constitucional, em toda sua essência, em razão de que suas técnicas são utilizadas para atender a interpretação das leis sem *status* constitucional. Partindo dessa

¹¹ RONAN, Colin A. **História ilustrada da ciência da Universidade de Cambridge: da renascença à revolução científica**. 1ª ed., v.3. Editora Zahar, 2001, Tradução de Jorge Enéas Fortes. Rio de Janeiro, RJ. Jorge Zahar. p.7-15

¹² MATTOS, L. E. B. G. **Democracia e direito em Espinoza: considerações a respeito de uma hermenêutica spinozista frente ao brasil de 2019**. Neari em revista, [S. l.], v. 5, n. 8, 2021. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/neari/article/view/1764>

¹³ DELLAGNEZZE, René. **A hermenêutica jurídica. Parte 1: Sistemas e meios interpretativos**. site Jus.com.br. 18 mar. 2019. FONTE: <https://jus.com.br/artigos/72774/a-hermeneutica-juridica-parte-1-sistemas-e-meios-interpretativos>

premissa, compreende-se que a hermenêutica constitucional se utiliza de técnicas próprias para interpretar a Constituição, em virtude de seu objeto. Dito isso, o neoconstitucionalismo, por sua vez, impõe uma nova interpretação e a valoração da Constituição perante as normas infraconstitucionais, e desta forma, faz nascer a necessidade de aplicar uma hermenêutica que extraia os reais valores que a constituinte pretendia para a Constituição Federal de 1988. Em uma análise pela obra do professor Pedro Lenza, chegasse à conclusão que não é possível estudar a hermenêutica constitucional sem considerar os aspectos, do surgimento de uma mutação constitucional¹⁴.

O fato é que com os avanços de métodos de interpretações, acabam deixando um tom de flexibilidade da norma constitucional, além da insegurança jurídica que repercute em todo sistema jurídico e ainda oferta espaço para discussões acerca da fidelidade da interpretação realizada pelos guardiões da constituição para com a Constituição Federal do Brasil de 1988. Visão está equivocada, pois, como sabido, o direito está longe de ser uma ciência exata, principalmente se observado os aspectos interpretativos no tocante as particularidades de quem aplica a norma.

Parece obvio pensar em limites para interpretação, pois quaisquer entendimentos acerca da norma, deverão ser contidas e atreladas ao controle no entendimento objetivo ao que pretendia o legislador, sem desconsiderar a devida atualização em razão da evolução cultural da sociedade.

2.3 A INTERPRETAÇÃO TRIDIMENSIONAL DE MIGUEL REALE

No ramo do direito, no que tange a interpretação, o senso comum vincula-se a busca desde o início, pela sua origem. Nesse sentido, para Miguel Reale, na “Teoria Tridimensional do Direito”¹⁵, apresenta o fato, o valor e a norma como dimensões importantes para o direito, portanto, não podem ser divididas, pois, corre riscos de ferir a natureza especificamente jurídica do estudo e apenas se completa quando se compreende concretamente a interdependência e a correlação necessária entre fato,

¹⁴ LENZA, Pedro. Direito **Constitucional Esquematizado**. 22.ed. São Paulo. Saraiva, 2018. p.161-205.

¹⁵ A expressão Teoria tridimensional do Direito (1910-2006), por Miguel Reale, importante jurista brasileiro, traz uma nova visão acerca da realidade jurídica, partindo de que o direito é compreendido pelos epistemológicos: fato, valor e norma – FONTE: REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, 2003.

valor e norma, que constituem o fenômeno do direito como estrutura social axiológica-normativa. Na visão tridimensional de Reale:

“Fato, valor e norma são dimensões essenciais do direito, o qual é, desse modo, insuscetível de ser partido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza especificamente jurídica da pesquisa”¹⁶

Primeiro acontece um fato social, ou seja, um acontecimento e posteriormente se busca o valor desse fato, sua relevância, que por sua vez, se desenvolve uma regra para esses, ou seja, uma norma, pois o valor que se dá ao fato se reflete na consequência jurídica.

A teoria tridimensional do direito foi uma resposta ao formalismo das normas do positivismo tradicional que trazia a interpretação puramente na norma, sem abertura para uso de fontes secundárias, como, por exemplo a aplicação dos bons costumes para julgados. De forma simplificada, positivistas como, Hans Kelsen, queria criar um sistema jurídico coeso, lógico e perfeito, quase como uma ciência exata, afins de conferir segurança jurídica. Ao longo do tempo, foi-se descobrindo que a interpretação e a aplicação da norma, dependia do entendimento de quem a aplicasse. Pode-se perceber pelas peculiaridades do fato ocorrido quando analisado a teoria do crime, por exemplo, nota-se a atenção dada ao comportamento do indivíduo e as circunstâncias que o levou a cometer um crime, é o que trata a culpabilidade, o nexo causal, *sine conditio qua non*¹⁷, concurso de pessoal, em matéria penal ou mesmo em matéria cível quanto a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, considerada em função da culpa, como também sua função de natureza contratual.

Numa análise genérica, isso demonstra que o ser humano dependerá de suas convicções cognitivas comportamentais para julgar. Em análise mais aprofundada, sobre a égide da convicção de quem interpreta, á um equívoco ao pensar em princípio da imparcialidade, caso este que será analisado em tópico próprio da presente pesquisa. Anteriormente, não foram observados pelos juristas, a

¹⁶ REALE, Miguel. 1992. **O direito como experiência**, p.59.

¹⁷ O termo *Sine qua non* ou *conditio sine qua non*, visto no estudo da causalidade, é uma expressão que teve origem do termo em latim, podendo ser traduzido como “sem a/o qual não pode ser”. Para o direito no Brasil é a condição sem a qual não existe o crime e foi atribuída ao penalista de origem alemã, Maximiliano von Buri, autor da obra *Über Kausalität und deren Verantwortung* (A respeito da causalidade e da responsabilidade dela decorrente). Para alguns estudiosos, apontam o processualista austríaco Julius Glaser, teria em 1837, como desenvolvedor da teoria. – FONTE: CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.35-52

relação entre os aspectos axiológico, fático e normativo. Foi somente a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, surgiram doutrinas que visualmente perceberam a interdependência e as relações das três fases, quais sejam, fato, valor e norma e neste momento histórico, nasceu a chamada tridimensionalidade genérica¹⁸. Para Miguel Reale, o professor e jurista alemão Gustavo Radbrunch, entendia que o direito seria um fato cultural, analisado de três maneiras, a factual ou empirista, a gnosiológica e por último o valor final, essa visão tricotômica serviu como base para a tridimensionalidade genérica¹⁹.

Numa dimensão tridimensional específica, já introduzida por Wilhelm Sauer na Alemanha em 1940 e Miguel Reale no Brasil em 1992, evidências preliminares parecem indicar que fatos, valores e normas devem ser considerados como elementos essenciais da experiência jurídica²⁰. Deve-se notar que nas três dimensões específicas os três fatores não podem ser separados ou abstraídos uns dos outros como nas três dimensões gerais. Larissa Linhares Santos, argumenta que segundo a teoria tridimensional de Miguel Reale:

“O Direito seria compreendido pelo resultado de um movimento dialético, de um roteiro que está sendo escrito a cada minuto, submetido as mudanças e aos acontecimentos que oscilam todo tempo. É com esta visão que as normas devem ser analisadas, visando atender as expectativas do universo axiológico e com o objetivo de alcançar o bem comum de toda a sociedade”.²¹

Ainda segundo Reale, a tridimensionalidade específica pode ser entendida como a verdadeira admissibilidade da compreensão da pesquisa jurídica ao refletir os três elementos de forma conjunta. Em suma, reconhece que qualquer estudo jurídico que não implique a consideração destes três fatores simultaneamente é logicamente inadmissível de fatos, valores e normas, mas tem sido analisado de forma setorial e unilateral. Surgiram as primeiras teorias de dinâmicas inter-

¹⁸ SANTOS, Thiago Henrique de Souza. **Tridimensionalidade do direito diante dos fundamentos de Miguel Reale**. Jus.com. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37848/tridimensionalidade-do-direito-diante-dos-fundamentos-de-miguel-reale>. Acesso em: 10 nov.2022

¹⁹ Ibidem, n.p, 2015.

²⁰ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, 1994, 8ª tiragem 2010. FONTE: https://www.academia.edu/62180345/Teoria_Tridimensional_do_Direito_de_Miguel_Reale

²¹ SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas *apud* CARVALHO, Morgana Gomes de. **Breve análise sobre a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale**. site Jus.com.br. 7 mar. 2019. FONTE: <https://jus.com.br/artigos/72501/breve-analise-sobre-a-teoria-tridimensional-do-direito-de-miguel-reale>

relacionadas, levando à chamada tridimensionalidade geral. Isto é entendido da seguinte forma, apreende cada um dos três elementos abstratos ou separadamente, cada um correspondendo a um campo distinto e autônomo do conhecimento jurídico, o valor, esse sendo a moralidade jurídica e a norma, a normatividade jurídica²².

Portanto, nenhuma correlação ou implicação entre esses três elementos são reconhecidas como parte integrante da lei. Thiago Henrique Santos também mostra que o jurista brasileiro Miguel Reale não é um proponente de tal tendência, pois, na pesquisa filosófica, sociológica ou científica, a diferença entre elas é do ponto de vista da análise²³.

O formato moderno de interpretação de quem julga, leva à conclusão de que a interpretação é refém da subjetividade humana e é moldada no interesse cognitivo particular, ora inconsciente ou conscientemente, podendo inclusive conter até mesmo caráter político, e por esse motivo pode demonstrar uma instabilidade, contudo, trazendo uma insegurança jurídica, com o já mencionado, surgimento de fenômenos consequenciais, o que aparentam ser previsivelmente justificados, no que pode ser visto, como a existência de uma mutação constitucional. Nessa linha de raciocínio, essa mutação constitucional gera outras problemáticas, demonstrando uma complexidade de competências das Cortes Superiores, como esclarece o professor Luiz Guilherme Marinoni da UFPR, autor da teoria Zona de penumbra entre STF e STJ²⁴, e que impactam teses, gerando insegurança jurídica, este analisado em tópico próprio da presente pesquisa.

²² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed.1999. São Paulo. Editora Saraiva. p. 513

²³ SANTOS, Thiago Henrique de Souza. **Tridimensionalidade do direito diante dos fundamentos de Miguel Reale**. site Jus.com. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37848/tridimensionalidade-do-direito-diante-dos-fundamentos-de-miguel-reale>.

²⁴ A expressão Zona de penumbra, trazida por Luiz Guilherme Marinoni, dispõe acerca de uma teoria que aborda as funções do Supremo Tribunal Federal e O Supremo Tribunal de Justiça. Resultam da falta de percepção de que todos os juízes têm o dever de interpretar a lei de acordo com a Constituição e, sobretudo, de que as funções do STJ e do STF nunca poderão ser exercidas de forma racional e eficiente, em benefício de desenvolvimento do direito segurança jurídica e coerência do direito na medida em que se suplantam. FONTE: MARINONI, Luiz Guilherme. **A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Ed. RT, 2019.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Surgida no período da formação do Estado liberal, a Teoria da Separação dos Poderes²⁵, também conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos, buscava menos interferência do Estado nos direitos e nas liberdades individuais, compreende-se, portanto, como uma ideia de que o próprio poder controla o poder. Em conceito estrito, traz a ideia de que as diferentes funções de desenvolvimento do Estado requerem autorregulação²⁶.

Portanto, foi necessário estabelecer três diferentes poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo um Supremo Tribunal Federal, no qual compete a guarda da Constituição Federal brasileira, conforme conceitua o art. 102º da própria Constituição República Federativa do Brasil que diz, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe...”, trazendo segurança aos anseios da sociedade²⁷.

Em se tratando dos pensamentos de Jonh Locke, em sua obra, “Segundo Tratado do Governo Civil”²⁸, em pleno acontecimento da Revolução Francesa, no qual tornou-se famoso por obras que iam na contramão dos regimes autoritários, como pode ser verificado na obra Cartas Persas de 1721²⁹, publicado no período de sua juventude, que embora seja uma obra fictícia sobre a visita de dois amigos, em muito contribui na construção de uma crítica política.

²⁵ A doutrina jurídica atual usa a expressão Separação das funções Estatais e não dos Poderes. Esse conceito moderno de Estado, apresenta uma ideia unificada, uma, sendo estes indivisíveis e reconhece apenas suas funções a serem divididas ou separadas, PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos** (*Checks and Balances System*). In: TJDFT, 2018.

²⁶ A ideia de Sistema de Freios e Contrapesos, foi trazida pelo jurista, político e filósofo, Charles-Louis de Secondat, conhecido como Barão de Montesquieu, 1689–1755, foi influenciado por, Thomas Hobbes e René Descartes, mas servindo-se, principalmente, como base, as obras de Aristóteles no campo da política e do filósofo empirista Jonh Locke, 1632-1704. FONTE: PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites, 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>

²⁷ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

²⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 3ª.ed. Editora Vozes. Petrópolis, RJ. 2021. Distribuição, Clube do Livro Liberal. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. FONTE: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/locke-john-segundo-tratado-sobre-o-gov-civil.pdf>

²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Cartas Persas de 1754**. 1ª ed. 2015. Título original *Lettres Persanes* Originalmente publicado em 1721. FONTE: <https://tintadachina.pt/wp-content/uploads/CARTAS-PERSAS.pdf>.

No entanto, Montesquieu permeou as ideias desses pensadores e assim explica, amplia e sistematiza com grande intuição a divisão dos poderes e ao longo de vinte anos de trabalho, como demonstrado em sua obra, “O Espírito das leis de 1748”, que é considerado até os dias de hoje, a obra mais importante e fundamental para o iluminismo, servindo como base para a divisão política moderna dos três poderes³⁰.

Esse sistema de controle, visa evitar a concentração de poder na liderança de um único indivíduo, que embora surja vontade em aplicar seus interesses políticos partidários, se limitará sempre aos demais poderes, coexistindo em um plano harmônico, no entanto independentes entre si, conforme diz o art. 2º, Constituição República Federativa do Brasil, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”³¹, e neste ponto acerca da independência e não interferência, é onde começam a tecer críticas entres os juristas, acerca da atuação do STF, justificado na verdade como o aumento do protagonismo da Corte superior.

Essa divisão, chamada de Tripartição de Poderes, adotado no Brasil a partir da Constituição de 1824, delegou a cada poder, autonomia para exercer suas respectivas funções, tendo na época um poder moderador, sendo este de Estado, que se sobrepôs aos demais, sobre o argumento de garantir estabilidade entre os demais na busca de um equilíbrio³². Sendo assim, o Poder Executivo governará pelo interesse público e administrará as políticas públicas para o povo, alinhado ao que diz o texto da Constituição. Já o Poder Legislativo será responsável por criar e ou aprovar leis, servindo também como fiscalizador do Poder Executivo. Assim como em 1824, e voltando aos dias de hoje, essas leis, serão cumpridas pelo Poder Judiciário, que no que lhe concerne, detém a função para interpretar as normas, além de julgar conflitos baseados nas normas Constitucionais, supralegal, ou seja, normas abaixo da Constituição Federal do Brasil, no entanto, acima

³⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2ª ed. São Paulo. Editora Martins Fontes, 1996. Tradução: MARACHCO, Cristina.

³¹ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

³² CABRAL, Dilma. **Poder Moderador**. Arquivo Nacional, MAPA, Memória da Administração Pública Brasileira. 23 nov. 2016. Atualizada em: 31 dez. 2018. FONTE: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/298-poder-moderador>

das normas infraconstitucionais, sendo esta, atual corrente aplicada pelo STF nos dias atuais³³.

A forma de organização do Poder Judiciário possui uma peculiaridade, que o difere dos demais poderes, começando pelo ingresso de seus integrantes, pois é o único poder no qual não possui voto direto do povo. Seu ingresso segue através de concurso público e é formado por magistrados (juízes), ministros dos Tribunais Superiores, sendo TSE, TST, STM, STJ e o STF, estes dependendo da indicação do chefe do Poder Executivo, que escolherá um nome entre uma lista e este será submetido a chancela pelo Senado Federal.

³³ A atual corrente adotada pelo STF é norma **supralegal**, estando a matéria sobre tratados internacionais, sobretudo dos direitos humanos, no ponto de vista hierárquico, abaixo da Constituição Federal e acima das normas infraconstitucionais. Conforme visto no STF, ao julgar o Habeas corpus nº 90.172, do estado de São Paulo e no RE nº 466.343, onde teve o Ministro Gilmar Ferreira Mendes como relator. Antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, entendia que esses tratados internacionais se incorporavam no direito no mesmo *status* das leis infraconstitucionais, possibilitando a revogação do referente ato ou perder efeitos em razão de lei específica, como pode ser visto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 de 1977 – FONTE: DALLARI, 2003, p. 46; GALINDO, 2002, p. 215-217; MAUÉS, 2008, p. 297-298 *apud* MAUÉS, Antonio Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**. SUR - Revista Internacional de direitos humanos. p.217

4 PRINCÍPIOS LIBERAIS E SOCIAIS E O PROTAGNISMO DO STF

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, claramente acolheu os direitos sociais, como saúde, educação, moradia, exigindo cada vez mais contraprestação do Estado. Por outro lado, encontra-se também, os direitos liberais, como direito a propriedade, a livre iniciativa, etc.

Para o ex-Presidente e jurista Constitucionalista Michel Temer, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, parece possuir uma certa longevidade, pois mesclou os princípios liberais com os princípios sociais, unindo em único texto, por exemplo, a iniciativa privada, os direitos individuais, como a proteção à propriedade, e ao mesmo tempo instituiu os direitos sociais, Temer diz:

"...a nossa tendência natural é o liberalismo". E o liberalismo significa prestigiar a iniciativa privada, significa prestigiar a propriedade. Temos a intervenção do Estado no domínio econômico, coisas que estão lá no texto constitucional e, confesso, no meu governo, prestigiei muito a iniciativa privada. Veja que as privatizações que foram feitas, as concessões. Acho que essa sabedoria de amalgamar os vários princípios que permite a longevidade da Constituição."³⁴

Os direitos de 2ª (segunda) dimensão, trazem os direitos como auxílio maternidade, décimo terceiro, férias, que eram matérias infraconstitucionais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser matéria Constitucional, tornando a saúde, direito do povo, "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", art. 196, Constituição Federal do Brasil de 1988³⁵. O que também se vê garantido no art. 6º, "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"³⁶. Quando mencionado o direito à alimentação ou moradia, por

³⁴ CHAER, Márcio; SANTOS, R.; VOLTARE, E.; BOSELLI, A. **A delação não pode ser o início, o meio e o fim da prova**. Revista Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/delacao-nao-inicio-meio-fim-prova>.

³⁵ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

³⁶ Idem.

exemplo, trata-se por tanto de direitos sociais, é o que permite essa perspectiva de longevidade do texto constitucional atual, apontada pelo ex-presidente Temer.

Os caminhos percorridos desde o surgimento da ideia do Estado de Direito Liberal até o Estado de Direito Social, mostram que os direitos econômicos, sociais e culturais, se diferem por aspectos peculiares e, portanto, fundamentais, em sua relação aos direitos civis e políticos, pois estes parecem satisfazer-se por mero exercício, ou seja, independem de prestação daquele que sofrerá o exercício do direito. No entanto, em observância aos direitos econômicos e sociais, estes dependem da capacidade do Estado em satisfazer, na condição de pagador/financiador, a exemplo do ocorre com o direito à habitação, a saúde, etc., e é nesse exato ponto, que surgem as problemáticas, quando se avalia a capacidade do Estado em liquidar, como pagador.

Com o sufrágio universal, garantindo ao povo, o cidadão passa a eleger seus representantes no Congresso, que passou a exercer forte representação. Os beneficiários de direitos sociais, em sua maioria, passam a ser representados e levantam fortes questionamentos sobre as responsabilidades do Estado. Dadas essas particularidades, portanto, guardadas as devidas proporções, levantam questões, se o Estado teria, com isso, entrado em fase primária de "déficit democrático"³⁷.

³⁷ CASTRO, Leonardo Aires de. **A crise da democracia anunciada: Brasil entre o déficit democrático, a democracia do público e a crise democrática**. Teoria & Pesquisa: revista de ciência política, São Carlos, SP. 2018. v. 27, n. 2, p. 1-25. FONTE: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6109>

5 CONTROLE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Do ponto de vista histórico, ao observar a eficácia da aplicabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, é inequívoco que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, claramente tenha limitado a atuação do Poder Executivo, no qual detém a gestão mais expressiva, política, sendo o mandatário, possuidor de um protagonismo nacionalmente e administrador dos recursos, frente a aplicação e garantias de sustentabilidade desses direitos.

Os contextos históricos constitucionais, no que tange as garantias fundamentais, podem confundir-se facilmente como uma interferência entre poderes, quando de fato o que se busca é apenas o controle Constitucional, a vista das Garantias dos Direitos Fundamentais, mesmo nas decisões políticas, afinal, o objetivo será a defesa do Estado democrático.

No entanto, isso está muito longe de ser um tema atual. Durante o Império, com a Constituição de 1824, a que teve maior duração, trouxe em sua própria criação uma interferência entre poderes, quando Dom Pedro I, ignorou o texto constitucional proposto em 1823 pela assembleia constituinte, fazendo assim a outorga de um texto próprio, por julgar que as propostas anteriores limitariam seu poder, criando então 04 (quatro) poderes, poder executivo, poder legislativo, poder judiciário e o poder moderador, este último como crivo principal das decisões dos outros poderes³⁸.

Com a elaboração da nova Constituição Federal de 1988³⁹, ao que parece, mesclando os princípios liberais e os princípios sociais, parece ter criado um ponto de equilíbrio, mais próximo do que o filósofo britânico Norberto Bobbio acreditava, conforme mostra sua obra *A era do direito*, publicada em 2004⁴⁰. No entanto, ao que parece, os princípios de governabilidade atuais, andam se alinhado cada vez mais próximo das ideias napoleônicas, pois o imperador Napoleão Bonaparte, pautava-se nas ideias de que apenas com braço forte do Estado, poderia garantir seu exercício,

³⁸ CABRAL, Dilma. **Poder Moderador**. Arquivo Nacional, MAPA, Memória da Administração Pública Brasileira. 23 nov. 2016. Atualizada em: 31 dez. 2018. FONTE: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/298-poder-moderador>

³⁹ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos 1909**. Nova ed. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2004. 7ª reimpressão. Tradução Carlos Nelson Coutinho. apresentação de Celso Lafer. FONTE: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf

cujo a principal característica, foi de um governo ditador com uso da força do Estado para exercer sua vontade política⁴¹.

Com a atual ideia de Tripartição de Poderes e, com a inexistência de um Poder moderador, a atual Constituição do Brasil, ficou o STF, encarregado em conter ações da Estado que vá de encontro a Constituição. Tendo em vista que todo o Estado é regido pela norma, como dispõe o princípio da legalidade, disposto no inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, permitiu que o STF, ficasse numa posição privilegiada, em relação aos demais poderes, frente as demandas sociais, cobradas pelos que representam o povo, no campo político⁴².

5.1 CONTROLE DO PODER EXECUTIVO EXERCIDO EM RELAÇÃO AO LEGISLATIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda em vigor até os dias de hoje, traz a previsão de controle de ações de um dos poderes sobre o outro, em ações que contrariem o texto constitucional em seu conteúdo, seja formal ou material. A ferramenta mais conhecida para controle do Poder Executivo acerca das funções típicas do Poder Legislativo, é a previsibilidade na Constituição do uso do veto, de textos elaborados pelo Legislativo, como diz o *caput* do art. 66, da CF de 1988, “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.”, o parágrafo único, “§1.º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente...”⁴³.

Partindo da mesma premissa, o controle do Poder Legislativo, possui força política, não se limitando apenas na legalidade dos atos administrativos, mas também na fiscalização do orçamentária e no controle dos que gerenciam dos bens e dinheiro público. Concerne também, em conformidade com o texto Constitucional, questões de mérito, apurar possíveis infrações, contando com uma CPI (Comissão

⁴¹ As principais características de governabilidade de Napoleão, foi de um governo ditatorial. Concentrou nas mãos do Estado, todo o poder da força. Obteve um poder total sobre a vida política da França. O monarca não poderia obrigar os franceses a irem á guerra, e no caso de guerra declarada, deveria financiar com dinheiro próprio. FONTE: Publicado em *site* do Brasil Paralelo (2022). <https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/periodo-napoleonico>.

⁴² BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁴³ Id.

Parlamentar de Inquérito), conforme descreve o art. 58, da Constituição Federal e em seu parágrafo 3º, que diz;

“Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”⁴⁴

Concluída o inquérito, a CPI formalizará uma denúncia ao órgão competente, neste caso o Ministério Público, para a devida apreciação e punição criminais ou cíveis, dos responsáveis. Em determinados casos, poderá atuar com certa discricionariedade, podendo convocar, por escrito, autoridades do Executivo, a prestarem depoimentos ao Legislativo, como dispões o art. 50, da CF/88;

“art. 50: A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.”⁴⁵

Embora o texto Constitucional deixe claro o termo Separação dos Poderes, conforme dita o art. 60, Parágrafo 4º, inciso III da Constituição Federal, pode-se concluir que a doutrina se apropria do termo Sistema de freios e contrapesos, ao invés de Separação dos Poderes⁴⁶. Além disso, mesmo que a expressão encontrando-se expressamente contida na Constituição do Brasil, se trata, portanto,

⁴⁴ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁴⁵ Id.

⁴⁶ PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. In: TJDFT, 2018. Distrito Federal. FONTE: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>.

este, de cláusula pétrea, não podendo ser excluída da CF/88, é pensamento pacificado pelo fato de que estes são na realidade frações das funções do Estado, executadas dentro de suas especificações, tais como de administrar, julgar e legislar.

5.2 CONTROLE CONSTITUCIONAL EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

No que concerne ao controle constitucional exercido pelas Supremas Cortes no mundo, nota-se que em diversos momentos da história, foram julgados casos que se referiam a violação de competência entre os poderes, assim como também ocorre até os dias de atuais no Brasil. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aderiu como cláusula pétrea, como sendo um princípio fundamental, a Separação dos Poderes, conforme traz o art. 2º, da CF/88, que dispõe, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”⁴⁷. Sendo assim o Poder Judiciário desempenha a função de guardar os direitos e garantias individuais, sociais e coletivos e defender o Estado Democrático de direito, protegendo cidadãos, entidades e o Estado.

A norma Constitucional goza de supremacia em relação a outras normas, qual seja, infralegais e supralegais. Sendo assim, toda ordem jurídica brasileira deve estar alinhada aos valores e fundamentos do texto Constitucional, surgindo então o entendimento do Princípio da Supremacia da Constituição.

Como sabido, a Constituição Brasileira é rígida⁴⁸, em termos de alterabilidade e estabilidade, contém 4 (quatro) critérios para classificação, sendo como rígida, flexível, semi-rígida e imutável. No entanto, para o Ministro do STF Alexandre de Moares, há ainda uma 5ª (quinta) classificação, qual seja, super-rígida, que em seu livro Direito Constitucional, 15ª edição, p. 41, entende que, "...a Constituição de 1988 pode ser considerada como super-rígida, podendo ser alterada em procedimento

⁴⁷ Op. Cit., Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁸ A Constituição do Brasil de 1988, é rígida, por conter um procedimento legislativo mais árduo, mais solene, sendo mais difícil, em relação aos procedimentos de alterabilidade das normas ordinárias, conforme dispõe o art. 60º, parágrafo 2º da CF/88, que versa sobre o quórum de aprovação de uma PEC, seja de 3/5 dos membros das 2 (duas) casas em 2 (dois) turnos. FONTE: LENZA, 2018. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22.ed. São Paulo. p.115.

diferenciado (Constituição Federal, art. 60º, § 4º, cláusulas pétreas)"⁴⁹.

Contudo, a doutrina ressalta apenas 2 (dois), critérios para a classificação de alterabilidade, sobretudo quanto a sua rigidez, pois já possuem habilidades suficientes para classificar como apenas rígida, quais sejam, procedimentos mais lentos para criação de leis, sendo o segundo que impõe uma deliberação específica para aprovação de EC (Emendas à Constituição)⁵⁰. Para a doutora em Política, Ciência e Tecnologia no Instituto de Geociência da UNICAMP, Ariane Fucci Wady, em artigo publicado pelo Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, a classificação super-rígida, é utilizada para:

“...dar ênfase à extrema dificuldade de modificação das normas constitucionais e, mais ainda, para valorizar a presença de dispositivos imutáveis, intangíveis, como as cláusulas pétreas, não sendo, contudo, muito utilizada pelo restante da doutrina, que se satisfazem com as quatro classificações quanto à estabilidade, quais sejam, constituição flexível, semi-rígida e rígida e imutável.”⁵¹

Vale ressaltar, que esta última classificação, não aparenta ser o posicionamento utilizado atualmente pelo STF, pois a Corte vem admitindo alterações de determinadas matérias contidas no art. 60, parágrafo 2º da CF/88, tendo como ponto de partida, reformas que não possuam como base, extinguir os preceitos fundamentais guardados pela Constituição, o caso citado como exemplo é a reforma da previdência⁵², admitindo nesta, a taxação dos inativos, visto o princípio da solidariedade, mitigando, assim, os direitos fundamentais. Em termos do direito

⁴⁹ Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, em seu livro Direito Constitucional, 15ª ed. pg. 41, entende que, "...a Constituição de 1988 pode ser considerada como super-rígida, além de possuir procedimento diferenciado (Constituição Federal, art. 60º, § 4º, cláusulas pétreas)" e por conter cláusulas pétreas, sendo algumas matérias imutáveis, tornando ainda mais rigoroso o texto constitucional. Essa rigidez, pode ser visto quanto a iniciativa, referente ao quórum, conforme expressa o art. 60º da CF. FONTE: LENZA, 2018. Direito **Constitucional Esquematizado**. 22.ed. São Paulo. p.117.

⁵⁰ Emendas à Constituição, no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT. FONTE: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato das disposições constitucionais transitórias**. Centro de documentação e informação da câmara. 5 out. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-normaatuizada-pl.pdf>

⁵¹ Ariane Fucci Wady, Política, Ciência e Tecnologia no Instituto de Geociência da UNICAMP, em artigo publicado pelo Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, a classificação super-rígida. FONTE: WADY, Ariane Fucci. **O que é Constituição "super-rígida"?**.2008. artigo publicado pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, a classificação super-rígida. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/21663/o-que-e-constituicao-super-rigida-ariane-fucci-wady>

⁵² BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

previdenciário, serve como forma igualitária, ou seja, imparcial, para atender as necessidades das atuais e futuras gerações⁵³.

Nessa perspectiva, para a estruturação do Estado democrático em defesa dos valores constitucionais, é imprescindível o uso de ferramentas para controlar as leis infraconstitucionais, ou seja, abaixo da constituição, são chamadas de Controle de Constitucionalidade.

Sendo assim, o Controle da Constitucionalidade, mostra-se ser eficiente para conter atos dos Poderes Executivo, Legislativo e até mesmo do Judiciário, que não estejam alinhados como os propósitos da Constituição Federal. Este controle pode ser exercido de forma preventiva, como na elaboração de leis pelo poder legislativo, face as desconformidades quanto a matéria ou formalidade da norma, e repressiva no controle dos atos do Poder Executivo, no que tange as decisões do chefe do referido poder, sendo este controle pela atuação do Presidente da República, por meio do uso de veto de lei ou por ato de sanção presidencial.

Observando o controle repressivo, observa-se que sua aplicação se dar após a publicação de uma determinada lei, após sua promulgação, reservando os objetos de sanção, a norma poderá sofrer anulação por falta de compatibilidade com a Constituição e os princípios por ela resguardados. Cabe ao STF o controle, com utilização de rito específico, vetando decisões de cunho monocrático, conforme preconiza o art. 97 da CF/88, "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."⁵⁴

⁵³ ADI 3.105/DF e ADI 3.12/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie e Relator para Acórdão Ministro Cezar Peluso, 2004). O princípio constitucional da solidariedade, face ao direito previdenciário, se apresenta como ferramenta de controle para proteção da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio constitucional e que está contido no artigo 3º, inciso I da CF/88. Classificado com um dos objetivos principais da Constituição Brasileira. Fundamental para a proteção da dignidade da pessoa humana, além é claro, importante para a aplicação dos direitos sociais. FONTE: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo. 22ª ed. Saraiva.2018. p.117).

⁵⁴ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

6 O FRÁGIL LIMITE CONSTITUCIONAL ENTRE POLÍTICA E O JUDICIÁRIO

6.1 ATIVISMO JUDICIAL E O PROTAGONISMO DO STF

O historiador, jornalista e crítico social estadunidense, Arthur Schlesinger Jr. XXII, ganhador do prêmio Pulitzer, foi o primeiro a utilizar o termo ativismo judicial, conforme citado no artigo *The Supreme Court: 1947*, publicado pela revista *Fortune*, baseando-se no desenvolvimento do perfil ideológico, político e social dos membros da Suprema Corte Norte Americana, estigmatizando-os a qualidade de ativistas judiciais, em suas decisões, na mesma época em que crescia, uma intensa e grave tensão política⁵⁵. Seu trabalho como crítico social foi dedicado a explorar o liberalismo de líderes como John F. Kennedy, Robert F. Kennedy e Franklin D. Roosevelt, servindo como assistente especial para o presidente Kennedy no período de 1961 a 1963⁵⁶.

No Brasil, com o crescimento exponencial, debruçado na ideia da existência de um ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal e que acaba refletindo em todo sistema jurídico brasileiro, parece ter tido uma rápida ascensão com os conflitos políticos que estiveram em forte evidência no ano de 2022, mesmo que se apresente um maior protagonismo por parte de alguns membros do Supremo Tribunal Federal, a Corte foi colocada no meio dos conflitos entre o presidente Jair Bolsonaro e os partidos de oposição, que levaram demandas diversas contra ações do governo ao STF, e que na prática, fez com que parte dos ministros, assumissem uma postura beligerante.

A distância ideológica entre os onze ministros, logo foi diminuída quando iniciou um confronto com o Executivo. Essa polarização vem nutrindo forças, conforme o Estado interfere cada vez mais na vida do cidadão e agindo menos para subsidiar seus próprios deveres, em assegurar os direitos fundamentais elencados no texto Constitucional Brasileiro.

⁵⁵ Editorial comentado acerca das aspirações presidenciais de ORVILLE, por William O. Douglas, extraídas de um artigo de Arthur M. Schlesinger Jr. intitulado " *The Supreme Court: 1947*". Excessos do Supremo Tribunal. Jan. 1947. Documentos WEB Du Bois (MS 312). Coleções Especiais e Arquivos Universitários, Bibliotecas *Amherst* da Universidade de *Massachusetts*, publicado na edição de janeiro de 1947 da *Fortune Magazine*. FONTE: <http://credo.library.umass.edu/view/full/mums312-b116-i211>

⁵⁶ WILLENS, Kathy. **Arthur Schlesinger, historiador do poder, morre aos 89 anos**. 19 ago. 2004. Associated Press. Tradução: ALLAIN, Clara. Folha de São Paulo. 02 ago. 2007. FONTE: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0203200705.htm>

Esses conflitos ideológicos acabam criando uma ansiedade política, muitas vezes confundidas como ativismo, carregados de interesses e ideologia partidária, trazendo como consequências, muitas medidas legislativas e executivas, que possuem traços de inconstitucionalidade, semelhantemente como ocorrido na década de 30 nos Estados Unidos. Na época, a existência de um plano político para a economia, chamado de *New Deal*, também trazia algumas medidas do legislativo, traços de inconstitucionalidade, baseada na ideia de recuperação e retomada do crescimento econômico, em face dos problemas ocasionados pela crise da grande depressão da década de 30 (trinta).

À similaridades com o Brasil, pois cabe ao Supremo Tribunal Federal, solucionar conflitos em razão da omissão do Poder Legislativo, como também pela inexistência de ações do Poder Executivo em efetivar as políticas públicas, que garantiram a aplicabilidade dos direitos fundamentais, cumprindo seu papel constitucional, sendo entidade responsável por guardar a Constituição Federal e seus valores, como dispõe o art. 102 da CF/88⁵⁷.

Para o professor e pesquisador, Anderson Vichinkeski Teixeira, em seu artigo intitulado, “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”, de 2012, compreendeu que o ativismo judicial possui um elemento fundamental:

“Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Keenan D. Kmiec, ao comentar o artigo de Schlesinger, destaca que este já havia detectado que o judicial *activists* entendem como indissociáveis Direito e Política, o que impediria existir uma resposta "correta" em definitivo, pois toda decisão judicial importaria uma escolha política do julgador. Segundo essa perspectiva, o autocomedimento não passaria de uma ilusória pretensão de objetividade no ato decisório, algo incompatível com o senso de justiça e o anseio por produzir melhoras sociais que devem nortear o julgador.”⁵⁸

Os critérios que permitem o ativismo judicial no Brasil, parecem definir uma espécie de ativismo do “bem”, chamado por Anderson Vichinkeski Teixeira de ativismo positivo, frente a aplicação dos direitos fundamentais e na garantia da

⁵⁷ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁵⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, 2012. p. 03 (039).

supremacia da Constituição. Demonstra uma decaída, com prejuízos a ordem constitucional.

6.2 A JUDICIALIZAÇÃO E O PROTAGONISMO DO STF

Fez-se necessário compreender o surgimento de um ativismo judicial na história, no entanto, é imprescindível separar as ações do judiciário, como por exemplo o fenômeno da judicialização.

A partir desse ponto, se faz necessário ressaltar que a presente pesquisa, visa buscar particularidades em conteúdo doutrinário, do direito, da filosofia jurídica, etc., afins de analisar o contexto técnico normativo e interpretativo das ações do STF. Com isso, afasta-se quaisquer visões políticas partidárias, que possam interferir no senso comum, ou mesmo científico.

Dito isso, a judicialização, é um fenômeno que surgiu pelo aumento da demanda no judiciário, que se deu em razão do arcabouço Constitucional, que trouxe para si, a proteção de direitos fundamentais e proteção individual, ainda sob cláusulas pétreas.

É preciso apreciar tecnicamente, no ponto de vista normativo e interpretativo do direito constitucional, sobre o risco de se compreender equivocadamente as decisões da corte, muitas vezes confundidas como interferência em outros Poderes. Desta forma pode-se entender a atual posição do STF, em sua forma de agir, cada vez mais como legislador positivo⁵⁹. Isso se dá pelo fato de que a Constituição do Brasil possui caráter analítica, ou veja, tratando-se de uma constituição extensa, garantista e que se limita a garantir os direitos fundamentais. Diferente da Constituição norte americana de 1787, que possui caráter sintética, reduzida, concisa.

A Constituição norte americana parece não ter sofrido grandes alterações, contendo em seu texto apenas 7 (sete) artigos e 2 emendas, ao passo que a

⁵⁹ A expressão, legislador positivo, é aplicada quando o STF, estende seu entendimento, além do seu dever afastar normas contrárias a Constituição (legislador negativo), em demandas urgentes que não possuem leis regulamentadas. Partindo dessa premissa, de que o STF, não pode legislar, nota-se em suas decisões a expressão legislador positivo e, considerando que a Corte Suprema é o guardião e intérprete da Constituição, soluciona demandas, pela omissão do poder legislativo, com foco em seu dever de julgar, mediante os valores e princípios da dignidade da pessoa humana e, das garantias e direitos fundamentais. FONTE: ADI 1.949 (Medida Cautelar), Supremo Tribunal Federal. Publicações Temáticas - Versão Integral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=5235>

Constituição brasileira possui 250 (duzentos e cinquenta) artigos e 128 emendas regulares, até a data de 28 de dezembro de 2022, conforme informações da Casa Civil, publicada pela Agência do Senado Federal⁶⁰. Esses números de emendas, fundamentam a existência de uma nova forma de compreensão da constituição e a justificativa para essa quantidade de emendas, se dá pelo crescimento da judicialização⁶¹ de diversos temas e competência, afinal, a Constituição da República Federativa do Brasil, amalgama direitos diversos.

A consequência para este amalgamo, é que assuntos variados sejam pleiteados mediante o Supremo Tribunal Federal, ocasionando o surgimento de outro fenômeno, chamado de judicialização da política⁶².

Para o Ministro do STF e professor Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial pela Suprema Corte, seria na verdade uma lenda, dito no Fórum Esfera Brasil, realizado no Guarujá, 2022, conforme também citado em entrevista no programa Roda Viva, da TV Cultura, 2022, disse o Ministro e professor:

"Ha uma crença que o Supremo é ativista. O Supremo tem um protagonismo que decorre do arranjo institucional brasileiro. Há no Brasil uma ampla judicialização e um mínimo ativismo judicial", (declarou Barroso durante o Fórum Esfera Brasil, realizado no Guarujá)."⁶³

No X Fórum Jurídico de Lisboa, no qual ocorreu em 27 a 29 de junho de 2022, em Portugal, "*Governance da Ordem Jurídica em Transformação*", o Ministro Barroso, em sua declaração, defendeu que o Poder Judiciário ganhou protagonismo

⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. **Ano de 2022 tem número recorde de emendas constitucionais**. Agência Senado, 2022. FONTE: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/26/ano-de-2022-tem-numero-recorde-de-emendas-constitucionais>.

⁶¹ Fenômeno em que se caracteriza, por levar ao Poder Judiciário, demandas importantes em temas políticas, sociais e até mesmo morais, para serem resolvidas, ao invés daquele poder no qual possui competência de agir. FONTES: MANSUR, Sâmea Luz. 2017. site Jusbrasil.

⁶² "Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo". FONTE: *in* BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6ª.ed. São Paulo. Saraiva, 2017. p. 440.

⁶³ Idem. **Ativismo judicial é uma lenda** [Entrevista concedida a] Cláudio Beato. Entrevista concedida a TV Cultura, programa Roda Viva. 15 jun. 2020. FONTE: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXFdQmP4pAU> (0:20 min.), son., color., 5:27 min.

no Brasil e, em suas palavras, são "raríssimos" os casos que possuem caráter de ativismo judicial⁶⁴:

"O ativismo é uma maneira proativa e expansiva de interpretar a Constituição. São raríssimos os casos de ativismo judicial no Brasil. O que existe no Brasil é um certo protagonismo do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal, pela razão singela de que tudo no Brasil chega ao Supremo Tribunal Federal em algum momento".⁶⁵

Ainda acerca das falas do Ministro Barroso, considerou que o avanço desse protagonismo, não se deu pelo momento eleitoral ou aos aspectos majoritários, mas pelo eventual respeito às minorias, fazendo o legitimador tomar decisões em momento pontuais. Portanto, entende o ministro que, nos sistemas democráticos, a tensão existente, em suas palavras, "é absorvida de forma institucional e civilizada, ainda que com algum choro e ranger de dentes".

"Quem gosta da decisão diz que foi boa interpretação constitucional; quem não gosta reclama de ativismo judicial e de invasão da esfera dos outros Poderes. Assim é porque sempre foi, nos Estados Unidos, no Brasil, na África do Sul, em Israel e onde mais houver um tribunal independente."⁶⁶

Ainda sobre a fala do Ministro Barroso, diz, "uma Constituição abrangente que cuida de quase todos os temas. Portanto, questões que em muitas partes do mundo são deixadas para normas ordinárias ou para a política, no Brasil são alvo de decisões constitucionais". Notasse que quando a Constituição de um país como a do Brasil, apresenta-se como sendo garantista, é de fácil compreensão que o STF tome a posição de protagonista, não fixado na conduta de legislador negativo, mas, atuando como legislador positivo em demandas urgentes e que precisam de resoluções, por falta de norma específica, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que diz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", por tanto trata o texto do

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Governance da Ordem Jurídica em Transformação**. In: X Fórum jurídico de Lisboa, realizado pelo IDP - Instituto brasileiro de ensino, desenvolvimento e pesquisa, 2022. Lisboa, Portugal. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/quentes/368714/ha-rarissimos-casos-de-ativismo-judicial-no-pais--diz-barroso>

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Governance da Ordem Jurídica em Transformação**. In: X Fórum jurídico de Lisboa, realizado pelo IDP - Instituto brasileiro de ensino, desenvolvimento e pesquisa, 2022. Lisboa, Portugal. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/quentes/368714/ha-rarissimos-casos-de-ativismo-judicial-no-pais--diz-barroso>

⁶⁶ Id., **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª.ed. São Paulo. Saraiva, 2017. p. 440.

Princípio do acesso à justiça ou Princípio da inafastabilidade da jurisdição⁶⁷. Já o *caput* do art. 5º da CF/88, dispõe que, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. Neste contexto o professor Barroso diz:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria”⁶⁸.

Portanto, embora o STF exerça a competência constitucional de manter-se restritivamente na interpretação das leis, a Suprema Corte escolhe deliberadamente, ter uma postura mais ativa, interpretando a Constituição Federal, de forma a expandir seu alcance, dentro de uma ideia pautada na busca do sentido da norma e o que desejava o legislador.

6.3 EXPANSÃO DO PODER DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para que se possa avançar sobre o tema, será necessário retroceder na história constitucional do Brasil. Em 2016, o processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, iniciou uma nova fase para o poder judiciário. O Supremo Tribunal Federal criou um rito processual, questionado por alguns juristas, até então, pela criação de um rito inexistente na Constituição da República Federativa do Brasil, que pôs o STF numa posição superior aos demais poderes,

⁶⁷ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista online ConJur, 2008. FONTE: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20significa%20que%20algumas%20quest%C3%B5es,seus%20minist%C3%A9rios%20e%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o

quando se concedeu a elegibilidade de forma desconecta a perda do cargo da mandatária.

Na época, o até então presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, no qual presidiu o julgamento, recebeu o pedido para que fosse julgado de forma separada o *impeachment* e a elegibilidade, pedido este acolhido. Neste ponto as incoerências jurídicas em face a atual Constituição da República Federativa do Brasil, causou reações de juristas e políticos, que se puseram contra o desmembramento na votação. Logo, a elegibilidade foi mantida, separadamente da perda do cargo de Presidente.

Analisando com mais rigor no que diz o parágrafo único, do art. 52 da Constituição Federal do Brasil, prevê que no caso de condenação a pena se limitará a perda do cargo e parece ser categórico ao propor a inelegibilidade por 8 anos para a função pública⁶⁹. Em contraposição ao fatiamento da pena prevista no art. 52, parágrafo único, foram impetrados vários mandados de segurança com concessão de liminar, junto ao Supremo Tribunal Federal, nos quais foram distribuídos pela Ministra Rosa Weber, nos quais foram negados, entendeu a ministra:

“O alegado receio de ineficácia do provimento final deve ser demonstrado a partir de um risco de dano específico e concreto. A mera especulação de notícias veiculadas em meios de comunicação quanto a eventual convite para o exercício de função pública, como argumentado, não traz prejuízo ou dano para o julgamento definitivo do mérito desta ação constitucional. Em resumo, a não demonstração do perigo da demora, consistente no risco de frustração da eficácia do pedido deduzido na ação, na hipótese, de procedência, ao final, é causa suficiente para a não concessão da liminar”⁷⁰.

Analisando os aspectos jurídicos envolvidos, encontra-se alguns dispositivos relevantes. Aos crimes de responsabilidade imputados ao presidente da república é disposto na Lei 1.079, de 1950, art. 33, dispõem que, “No caso de condenação, o Senado por iniciativa do presidente fixará o prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública; e no caso de haver crime comum deliberará

⁶⁹ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁷⁰ BRASIL. Medida cautelar nº 34.394-DF, de 09 de setembro de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 set. 2016. FONTE: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/09/34394.pdf>

ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado”⁷¹.

O artigo citado da lei 1.079 de 1950, é categórico no que tange 2 (duas) decisões, sendo sobre condenação e outra à inelegibilidade ou inabilitação⁷². Era compatível a Constituição do Brasil de 1946⁷³. No entanto, a presente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não permite duas deliberações, pelo fato de já haver a previsão expressa no parágrafo único do artigo 52 da CF/88: “Com inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública”⁷⁴. Para o professor Abreu Dallari, professor titular de direito administrativo pela PUC-SP, considerou:

“[...] Para melhor compreensão dos aspectos jurídicos da questão, convém examinar quais teriam sido os possíveis fundamentos dessa semi-impunidade. O processo de julgamento dos crimes de responsabilidade presidencial é tratado pela Lei 1.079, de 10/4/1950, cujo artigo 33 dispõe que, no caso de condenação, o Senado “fixará o prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública”. Esse dispositivo deixa claro que seriam tomadas duas decisões: uma quanto à condenação e outra quanto à inabilitação.

[...] O texto constitucional em vigor efetivamente não comporta duas deliberações, mas somente uma, pois o prazo da inabilitação já está fixado no parágrafo único do artigo 52: “Com inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública”.

Não há sombra de dúvida quanto ao fato de que o Senado tomará apenas uma decisão, condenando ou absolvendo, mas, no caso de condenação, não pode furtar-se (e este verbo é bem expressivo) ao fiel cumprimento da Constituição.”⁷⁵

⁷¹ BRASIL. Lei nº 1.079, 10 de abril de 1950. **Define os Crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 abr. 1950. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%201.079%2C%20DE%2010,o%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=Art.,os%20que%20esta%20lei%20especifica.

⁷² Id.

⁷³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, RJ, 18 de setembro de 1946 FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm

⁷⁴ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁷⁵ Artigo intitulado, **Inelegibilidade decorrente de cassação de mandato presidencial**, de Adilson Abreu Dallari, professor titular de direito administrativo pela PUC-SP, publicado na no *site* do Consultor Jurídico, 13 set. 2018. FONTE: <https://www.conjur.com.br/2018-set-13/interesse-publico-inelegibilidade-decorrente-cassacao-mandato-presidencial>

Parece torna-se *dubio* o formato apresentado para deliberação aplica ao caso citado, cabendo apenas a condenação ou absolvição, e no caso de condenação não caberia outro formato fatiado, a vista do devido e legítimo cumprimento da Constituição Federal 1988.

O professor Dallari, entendeu que sobre o questionamento acerca da norma, pode comportar uma espécie de pluralidade interpretativa, colocando aos julgadores a melhor interpretação possível no caso concreto, e ainda completa sobre processo de candidatura da ex-presidente Dilma, a vaga de Senadora da República, julgado pelo TRE-MG. O professor Adilson Abreu Dallari entendeu que o comportamento questionável e parcialmente certo de membros do Supremo Tribunal Federal levou a uma perda de prestígio para a instituição, o que infelizmente tem se refletido de forma injusta no Poder Judiciário como um todo, que, em sua maioria, tem exercido seu papel de maneira adequada⁷⁶. A nomeação de ministros para o STF possui um componente político significativo, o que pode levar, em alguns casos, a uma sensação de dever de gratidão, onde favores passados são retribuídos. Isso se tornou evidente durante o processo de impeachment da então presidente Dilma, no qual a divisão da interpretação constitucional foi evidente.

De fato, é difícil acreditar que indivíduos com atitudes e habilidades adequadas para assumir cargos de ministro da Suprema Corte cometam erros grosseiros. No caso mencionado especificamente, o ministro em questão possuía ampla experiência no sistema judicial e, acima de tudo, era professor titular de Direito Público em uma das faculdades de Direito mais prestigiadas do país, o que demonstra seu mérito indiscutível.

É desejável que o tribunal compre seu dever e garanta a aplicação correta do parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal. Um erro não justifica outro, e não devemos seguir maus exemplos. É certo que uma decisão contrária causará um grande alvoroço por parte dos mesmos grupos que continuaram a afirmar que o impeachment foi um golpe, no entanto, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais não deve ter medo de tomar uma decisão. O desprestígio que afeta o STF não deve prejudicar o prestígio do corte mineiro, mas isso dependerá do comportamento, seja ativo ou subserviente, de seus membros.

⁷⁶ Artigo intitulado, **Inelegibilidade decorrente de cassação de mandato presidencial**, de Adilson Abreu Dallari, professor titular de direito administrativo pela PUC-SP, publicado na no *site* do Consultor Jurídico, 13 set. 2018. FONTE: <https://www.conjur.com.br/2018-set-13/interesse-publico-inelegibilidade-decorrente-cassacao-mandato-presidencial>

Outro ponto controverso é o chamado inquérito do fim do mundo, conhecido também como “Inquérito das *Fake News*”, que exatamente em 14 de março de 2019, o Ministro do STF Dias Toffoli, ordenou a investigação de notícias falsas, as chamadas, *fake news*, denúncias difamatórias, ameaças e irregularidades que atentem contra a honra e a segurança do STF, de seus integrantes e de seus familiares⁷⁷. Algumas ADPFs (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), foram protocoladas tanto pelo presidente da República, na época, Jair Bolsonaro, pela ADPF n° 877⁷⁸, quanto pelo Partido Trabalhista Brasileiro pela ADPF n° 704⁷⁹, além de ADPF n° 719 e 721⁸⁰, contra o artigo 43 do Regimento do STF, além da Rede Sustentabilidade na ADPF n° 572⁸¹, alegando que o dispositivo usado qual seja, o art. 43 do Regimento Interno do STF, não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Além de afirmar que não há indícios de que foi cometido nas dependências do STF ou quem seria investigado e se estaria sujeito à jurisdição do STF. Ressaltou ainda, que não é de competência do Poder Judiciário por conduzir investigações criminais, apesar de haver raras exceções.

No julgamento do mérito, o Ministro Marco Aurélio, foi o único a divergir, alegando exatamente os mesmos alegados, de que o art. 43 do Regimento Interno do STF, que embasa a instauração do inquérito, não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, considerando que houve violação do sistema penal

⁷⁷ Expressão utilizada pelo Ministro do STF Marco Aurélio, quando eu voto, rejeitando a continuidade e mesmo a validação do inquérito das *fake news*, falou na ocasião, “É um inquérito do fim do mundo, sem limites”, sinalizando que o referente inquérito trataria de uma afronta ao sistema acusatório brasileiro, salientando que o magistrado não deveria instaurar inquérito, sem a percepção dos órgãos de execução penal. FONTE: FERNANDES, Victor Oliveira; DANTAS, Eduardo Sousa. **Sistema acusatório e investigação preliminar no STF: o inquérito das *fake news***. Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/dantas-fernandes-sistema-acusatorio-investigacao-preliminar-stf>

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 877**. Brasília, 18 jun. 2020. DF. Relator Min. Edson Fachin-Plenário. FONTE: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF877.pdf>

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 704**. Brasília, 18 jun. 2020. DF. Relator Min. Edson Fachin-Plenário. FONTE: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF7041.pdf>

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **As ações, ajuizadas pelo presidente da República e pelo PTB, questionavam a norma do Regimento Interno do STF que possibilitou a abertura dos Inquéritos 4781 e 4828**. Brasília, DF. 25 ago.2021. FONTE: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471793&ori=1>

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n°572**. Brasília, 18 jun. 2020. DF. Relator Min. Edson Fachin-Plenário. FONTE: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407>

acusatório constitucional, pois este serve para separar as funções de acusador⁸². O judiciário deve agir quando provocado, razão pelo qual o Ministro considerou que o presente procedimento de investigação, não havia sido provocado pela PGR, gerando neste caso um vício, contaminando sua tramitação. No Regimento Interno do STF, o Capítulo VIII, trata sobre a Polícia do Tribunal, dispõe que:

"Capítulo VIII Da Polícia do Tribunal

Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.⁸³

Na época relator, Ministro Edson Fachin, rejeitou o pedido de retirada, frente ao pedido do partido de arquivamento do processo, alegando que ocorreu uma mudança fático-jurídica dos fatos⁸⁴. Segundo o Ministro Marco Aurélio, o objeto do inquérito, são pautados em manifestações críticas à atuação de alguns Ministros e que, estas são protegidas pela liberdade de expressão e de pensamento pela CF/88⁸⁵.

A polêmica está exatamente no alcance jurisdicional do STF, pois a alegação apresentada foi a de que, se fazia fundamental interpretar corretamente, afins de compreender o poder de polícia interno da Suprema Corte. A expansão da jurisdição

⁸² FERNANDES, Victor Oliveira; DANTAS, Eduardo Sousa. **Sistema acusatório e investigação preliminar no STF: o inquérito das fake news**. Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/dantas-fernandes-sistema-acusatorio-investigacao-preliminar-stf>

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do STF de 1940**. Brasília: STF, 1940. FONTE: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Fachin determina extinção de ações contra inquérito das fake News**. As ações, ajuizadas pelo presidente da República e pelo PTB, questionavam a norma do Regimento Interno do STF que possibilitou a abertura dos Inquéritos 4781 e 4828. Brasília, DF. 25 ago. 2021. FONTE: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471793&ori=1>

⁸⁵ O artigo 5º, inciso IV, da CF/88 dispõe: "É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Direito fundamental, contida no texto Constitucional, tem caráter das intituladas liberdades públicas e é integrante do núcleo intangível da Constituição Federal, pois traz um direito inseparável à cidadania e à personalidade.

do art. 43, RISTF⁸⁶, a fatos praticados fora dos limites físicos do tribunal, além de que haveria fatos cujo a autoria dos fatos não poderiam ser precisas, quanto a indivíduos fora da jurisdição do STF, mesmo que os fatos vão de encontro a segurança do STF ou a dignidade de seus membros ou familiares, conforme apresenta a Portaria GP n° 69/2019⁸⁷.

Desde modo, tal interpretação para fundamentar o inquérito, causa uma ampliação dos poderes do Poder Judiciária, muito além dos limites impostos pelo art. 43, de modo que se torna incompatível com o texto Constitucional ao desrespeitar o art. 2º, da CF/88⁸⁸.

Parte sensível ao analisar, a característica de flexibilidade da chamada rigidez, para alguns autores, apresentando um novo conceito de super-rigidez⁸⁹, no atual modelo de Separação dos Poderes, disposta claramente no art. 2º da CF/88, parece ser um contra senso pensar que, embora não se trate de modificar o texto, em sua natureza, formal, mas aplica-se a vontade do julgador modificando o sentido material, sobre sua visão do que tange a proteção dos direitos fundamentais⁹⁰. Dito isso, compreende-se que, o que parecia ser absoluto, em sua alterabilidade, na verdade se tornou relativo, e traz a ideia que burla seu próprio entendimento.

Na prática, a aplicabilidade da norma, em razão da interpretação, mesmo que não possua alterabilidade do texto constitucional, abre um precedente perigoso, investigação conduzida por quem julga e tendo em vista que ministros da Corte são vítimas, apresenta aqui uma mistura assustadora, de vítima, investigador, acusador e julgador, quando isso acontece, afasta qualquer ideia de imparcialidade.

Por outro lado, na teoria das garantias institucionais, o professor Paulo Bonavides traz a ideia da importância da relevância das instituições na proteção do ornamento jurídico, devendo possuir características constitucionais próprias de preservação:

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do STF de 1940**. Brasília: STF, 1940. FONTE: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). RE. 627.189 – SP. Ementa: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF. Portaria GP nº 69 de 2019**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: min. Edson Fachin. Distrito Federal, 18 jun. 2020. FONTE: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>

⁸⁸ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2004. pg. 41.

⁹⁰ Op. Cit., Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

"a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido".⁹¹

Contudo, há limitação contra as mudanças que possam ser contrárias aos princípios e valores constitucionais, pois a teoria da garantia institucional surge como uma ferramenta de freio contra investidas que ameacem a convivência harmônica e separação dos poderes⁹². Nesta perspectiva, a aplicação dessas garantias pelo STF, torna-se coerente, podendo conectar as garantias institucionais com a função contra majoritária a ser exercida pelos tribunais.

O ponto de partida para o entendimento majoritário, dos membros da Corte, foi quanto a finalidade na qual pretendia o legislador para com o art. 43 do RISTF, qual seja, o de garantir a continuidade e estabilidade da função do institucional, ou seja, se estender não somente as dependências físicas a jurisdição do STF, mas agora por toda a atividade, tal qual a função por ele exercida, servindo de base, a teoria das garantias institucionais⁹³. Superado o tema acerca da legitimidade na aplicação do exercício do controle jurídico, o voto do Ministro Marco Aurélio fora vencido, tendo a maioria dos membros acolhido o entendimento de expansão dos poderes do STF, uma nova interpretação do que se refere o art. 43 do RISTF, ampliando exponencialmente poder e alcance. Desta forma declarou:

"...a constitucionalidade da Portaria GP nº 69/2019, enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas com a portaria impugnada"⁹⁴

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª.ed.1988. São Paulo. Editora Malheiros, 2008. p. 542

⁹² FERNANDES, Victor Oliveira; DANTAS, Eduardo Sousa. **Sistema acusatório e investigação preliminar no STF: o "inquérito das fake news"**. Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2020. FONTE: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/dantas-fernandes-sistema-acusatorio-investigacao-preliminar-stf>

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do STF de 1940**. Brasília: STF, 1940. FONTE: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). RE. 627.189 – SP. Ementa: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF. Portaria GP nº 69 de 2019**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: min. Edson Fachin. Distrito Federal, 18 jun. 2020. FONTE: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>

A presente interpretação, demonstrada no Portaria nº 69/2019, se distância do modelo tradicional da separação dos poderes, criando um novo modelo, mostrando que a rigidez e super-rigidez, tão defendidas a anos, não são tão rígidas ou absolutas assim⁹⁵. Dito isso, percebe-se uma flexibilidade, onde são moldadas conforme o entendimento do julgador, levando ao óbvio, que na prática acabam expondo uma ideia meramente hipotética, e com a *maxima vênia*, conclui nesta pesquisa que a defesa anterior de uma rigidez ou super rigidez constitucional, que tanto se apresentava como uma imutabilidade absoluta, já nasceram obsoletas, frente a realidade social, cultural e política da modernidade, pois esse tipo de conceito acerca de uma super-rigidez da Constituição de um país é um assunto complexo e pode variar de acordo com a estrutura legal e política de cada nação.

Esse pensamento imutável, em seu conteúdo formal, quando confrontada com a realidade cultural moderna, pode fornecer alguns caminhos que tornam a Constituição mais flexível, adaptável ou sujeita a revisões, em seu conteúdo material. A parte vantajosa dessa flexibilização, pode ser vista na aplicação mais equilibrada na proteção da sociedade, tais como a proteção dos direitos fundamentais e a estabilidade das instituições.

Esse tipo de interpretação que permite a superação da rigidez Constitucional, acaba tornando a Constituição mais flexível, estando presente

as Emendas constitucionais, onde a maioria das constituições permite emendas para alterar seu conteúdo, pois a simplificação do processo de emenda pode facilitar a adaptação do texto constitucional às necessidades contemporâneas. No entanto, é importante equilibrar a facilidade de emenda com a necessidade de garantir a estabilidade e a proteção dos princípios fundamentais.

Outro aspecto de dá pelas cláusulas de revisão, pois em alguns países incluem está em suas constituições, que estabelecem períodos regulares de revisão constitucional, permitindo uma análise periódica da constituição e a possibilidade de fazer alterações com base em novas circunstâncias.

A Interpretação flexível, ou, a interpretação constitucional, também apresenta uma forma de superação da rigidez, e pode ser um meio de adaptar a constituição a mudanças sociais e políticas. Os tribunais podem adotar uma abordagem flexível ao interpretar a constituição, levando em consideração a evolução dos valores e

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2004. pg. 41.

normas sociais. No entanto, isso requer uma análise cuidadosa e responsável por parte dos juízes para evitar a distorção dos princípios constitucionais.

Por fim, percebe outra via que pode se desvencilhar-se da rigidez, qual seja a constituições flexíveis, alguns países optam por ter constituições mais flexíveis desde o início. Essas constituições são mais sucintas, estabelecendo apenas princípios gerais, enquanto as leis ordinárias e os tratados internacionais desempenham um papel mais importante na regulação específica dos assuntos. Essa abordagem permite uma adaptação mais ágil às mudanças e tendências emergentes.

No entanto, é importante considerar que esse tipo de rigidez constitucional também pode ter benefícios, como a proteção dos direitos humanos e a estabilidade política. Alterar uma constituição deve ser um processo cuidadoso e envolver amplo debate público e consideração dos interesses de longo prazo da sociedade.

7 A VISÃO COGNITIVA E COMPORTAMENTAL DO STF

Embora o tema de Súmula Vinculante, já se encontre pacificado, desde 2004, com a Emenda Constitucional nº 45/04, o Congresso Nacional, permitiu que todo o ordenamento jurídico e toda entidade pública brasileira, se submeteria ao entendimento do STF, adicionando o art. 103-A, que dispõe acerca da Súmula vinculante:

“Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”⁹⁶

Desta forma, foi concedido ao STF, o poder de determinar um ato normativo, que refletirá em todo poder Judiciário e até mesmo no Executivo por meio da Administração Pública. No entanto, mesmo que apresente limitações, deve pautar-se em questões de cunho Constitucional, em sua matéria, ele permite que o mais alto poder judiciário possa legislar sobre questões específicas, desvia assim, da ideia tradicional de tripartição dos poderes. Esta possibilidade é baseada no modelo anglo-saxônico, qual seja o *common law*, visto no sistema jurídico dos EUA, não no sistema germânico-romana, clássica aplicado no Brasil. Em certo sentido, a jurisprudência estabelecida acaba tendo mais força que à regulamentação do processo de adjudicação.

Vale ressaltar que, ainda que tenha previsto pela Emenda Constitucional 45/2004, a Súmula Vinculante foi regulada pela lei de nº 11.417 de 2006, e que acrescentou o já mencionado art. 103-A da Constituição⁹⁷.

⁹⁶ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. **Lei da Súmula Vinculante**. EMENTA: Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. FONTE: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11417-19-dezembro-2006-548408-publicacaooriginal-63540-pl.html>

A desatenção aos possíveis excessos, levou a Súmula Vinculante, a trazer um efeito de insegurança jurídica e pôde fazer com que o STF passe do status de legislador negativo, para legislador positivo.

Na própria visão do então Ministro do STF Alexandre de Moraes, na época ainda como advogado, no Seminário Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), trazia a alegação de que a Súmula Vinculante seria o último instrumento para conter leis contrárias a CF/88, podendo anular e suspender leis sem a necessidade de quaisquer interferências dos outros poderes, podendo o STF editar Súmula após julgar ADI, ADC e ADPF⁹⁸.

7.1 DA COGNIÇÃO AO COMPORTAMENTAL DA CORTE

O ex-ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal em 2012, Carlos Ayres Brito, cita: “...não existe legislativo supremo, não existe executivo supremo, mas existe um supremo tribunal federal.”, documentário A Crise dos três Poderes⁹⁹. Os comentários referentes um entendimento de superioridade do Supremo Tribunal Federal e abre o debate sobre quais pensamentos regem a corte supremo do país. Concomitantemente a citação do ex-ministro Carlos Ayres Brito com as falas do Ministro Dias Toffoli, sobre o STF, por este, atuar como Estado Moderador, em seminário ocorrido em Lisboa/PT, 2021.

“...nós já temos um semi-presidencialismo com um controle de poder moderador, que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Basta verificar todo esse período da pandemia”¹⁰⁰

Na época o Ministro Dias Toffoli, também defendeu o sistema parlamentarismo, alegando que o Brasil já viveria neste sistema político, de fato, mas não de direito. A tentativa em 1822 pela assembleia constituinte em diminuir o poder do imperador, a qual foi ignorada e outorgando apenas em 1824, parece ter sido concluída com a promulgação da Constituição da República Federativa do

⁹⁸ MATSUURA, Lilian. **Súmula Vinculante pode tornar STF um legislador positivo**. 2008. Conjur. FONTE: https://www.conjur.com.br/2008-out-18/sumula_vinculante_tornar_stf_legislador_positivo

⁹⁹ BRASIL PARALELO. **A crise dos três poderes**. Brasil Paralelo, 2022. São Paulo. FONTE: <https://site.brasilparalelo.com.br/seja-membro/originais-bp/crise-dos-3-poderes/>

¹⁰⁰ BRASIL. Senado Federal. **Girão critica fala de Dias Toffoli sobre 'semipresidencialismo'**. Agência Senado, 2022. FONTE: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/17/girao-critica-fala-de-dias-toffoli-sobre-semipresidencialismo>.

Brasil de 1988, dando enorme vantagem evolutiva no campo do direito. Portanto, as declarações do Ministro Toffoli, pareciam ir na contra mão do que se almejavam os constituintes. No entanto, o fato, é que as ações do STF, equilibram a balança, controla a legalidade do poder público e, essas ações se fazem necessárias para a garantia dos direitos fundamentais. Neste ponto, a posição de expansiva do STF, na verdade se dá para garantir que os fundamentos, elencados pela Constituição, possam, de fato e de direito, serem exercitados e atendido a todo povo brasileiro, e aos que do Estado necessitem, nas garantias da aplicabilidade dos Direitos Humanos.

7.2 O EQUÍVOCO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Antes de progredir acerca do direito, no que tange princípio da imparcialidade do juiz decorrente da CRFB/88, em seu artigo 5º, XXXVII, no qual versa sobre o juízo ou tribunal de exceção e ainda adentrando nos fenômenos neoconstitucionais e os movimentos que se confundem com ativismo judicial e suas relações com a Constituição atual¹⁰¹. Deverá ser necessário versar sobre os aspectos de subjetividade, trazendo uma provocação acerca de uma dicotomia entre imparcialidade e neutralidade, afim de compreender o comportamento cognitivo do ser humano em sua essência.

O doutor Sigmund Freud trouxe em sua obra, *O ego e o id*, um modelo estrutural da personalidade, organizando o sistema psíquico em 3 (três) estruturas, conhecidas como instancias, *id*, *ego* e *superego*, que são da tópica 1 (um), cada uma delas responsável para cada aspecto da personalidade humana¹⁰².

O ID, do latim “*id*”, em português “isso”, também considerado a sigla ID para *identity*, palavra de origem inglesa que significa “identidade”, numa tradução mais literal. É a base do que somos, parte originário da personalidade matriz, a verdadeira realidade da psique, parte mais instintiva, cujo o aspecto versa sobre o privilegio dos desejos, vontades, etc., sem que contrapesos morais ou éticos¹⁰³.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹⁰² FREUD, Sigmund. **Freud, Sigmund. Obras completas, O eu e o id, “autobiografia” e outros textos (1923-1925)**. v.16. São Paulo. Companhia das Letras.2011.p.20

¹⁰³ HALL, Calvin S; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade**. Tradução: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre. Editora Artmed. 2007.p.53-63.

Em contra partida o SUPEREGO, etimologia alemã *Überich*, que significa numa tradução literal, o "supereu", parte moral da psique, e que representa valores morais da sociedade, e que traz limites, freios e contrapesos na conduta do indivíduo diante do bom convívio na sociedade. Este podendo ser adquirido ao decorrer do desenvolvimento humano no meio em que coabita, atividade física, ensinamentos como respeito ao próximo, até mesmo cresças religiosos, militarismo, educação, até mesmo o bom convívio em família, etc.

O EGO, derivado do latim "ego", com um sentido de "EU", erroneamente conhecido como sinônimo de vaidade, fica entre o prazer e a censura, sugere um meio termo, agindo como um conciliador e que dialoga com a natureza animal do ID.

Para o neurologista austríaco, doutor Sigmund Freud, conhecido como pai da Psicanalise, o *ego* é modificado pela influência do mundo externo, curso de relação com o meio ambiente, adiamento da satisfação. Tratasse então, da parte do ID influenciado pelo mundo ao seu redor, e que força a substituir o prazer primitivo e a realidade principal. Fica evidente, que se torna impossível um indivíduo ser em sua natureza imparcial, seria negar sua própria existência psíquica.

A própria norma constitucional traz a ideia de um *rapport*¹⁰⁴, quando diz, "... deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento...", Constituição Federal Do Brasil de 1988, art. 93° IX¹⁰⁵. Há aqueles que preferam chamar de empatia, afinidade, sintonia ou conexão, o fato é, que é inquestionável que o *rapport*, seja um vínculo a relações humanas, entre duas ou mais pessoas. Dito isso, é inconsistente entender que o magistrado, como um ser humano, seja imune ao *rapport*, a esse tipo de transferência e demonstra a inexistência da imparcialidade, tendo em vista a psique humana em sua essência, que julga, que determina, que entende o fato.

Outro exemplo se faz quando a própria lei, no art. 203, parágrafo 1°, do Código de Processo Civil 2015, diz que o juiz põe fim a fase cognitiva do processo, ou seja, de conhecimento, deixando evidente que os fatores humanos comportamentais e cognitivos são a base para uma interpretação pelo julgador, e

¹⁰⁴ *Rapport* palavra de origem francesa, foi desenvolvida ao longo do sec. XX, significa trazer de volta ou criar uma relação. O conceito de *Rapport* é originário no campo da psicologia, e é bastante utilizado como uma técnica para constituir vínculo de empatia psicológica e emocional com outro indivíduo, permitindo uma comunicação com menor resistência. FONTE: SANTOS, Manoel Antônio dos. **A transferência na clínica psicanalística: a abordagem freudiana**. Temas psicol. Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 13-27, ago.1994.

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

essa subjetividade por sua vez entra em conflito então com a imparcialidade¹⁰⁶. Contudo, trata-se de um equívoco mencionar princípio da imparcialidade, sendo correto o uso do princípio da neutralidade.

O sentido contido na etimologia neutralidade, que vem do latim, que podemos interpretar como atividade de ser imparcial como elemento ou atributo de ser neutro:

“Que não toma partido em uma discussão, que não escolhe um dos lados; que não se posiciona nem a favor, nem contra; neutral. Que se comporta de maneira imparcial, analisando tudo sem omitir uma opinião tendenciosa”¹⁰⁷

De forma oposta aos demais achados acerca do que explica a ciência cognitiva e comportamental, e até mesmo etimológica, pode-se encontrar quase como um sinônimo a palavra imparcial e neutralidade, no entanto a primeira como atributo do indivíduo que é neutro. Desta forma, a imparcialidade possui um caráter de valoração, um atributo a um substantivo, valor a um comportamento neutro, ou seja, de neutralidade, por ser motivo, é um substantivo ou nome, e tem sua classe de palavras variáveis com que se designam ou se nomeiam e que, é utilizados para referir-se a um ser, local ou objeto. Segundo a doutora Kenarik Boujikian, especialista em Direitos Humanos, consultora da Comissão de OAB-SP, co-fundadora da AJD e ABJD e membro do Grupo Prerrogativas, entende que:

“...a neutralidade é um mito, mas a imparcialidade é dever. O juiz deve se colocar entre as partes e manter a mesma distância entre ambas, que têm direito a ter as mesmas oportunidades processuais e serem tratadas de forma absolutamente igualitária”¹⁰⁸

Com a *data maxima vênia* a ilustre e brilhante colocação da doutora Kenarik Boujikian, o fato é que a teoria cognitiva comportamental, psicanalítica, filosofia e a própria etimologia, apontam para o que pode considerar uma desarmonia ou mesmo desconformidade entre ambos os termos. Portanto, imparcialidade trata-se de um adjetivo, cujo em sua definição, enquadra-se na classe gramatical como sendo um

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

¹⁰⁷ NEUTRO. *In*: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7 Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/neutro/> Acesso em: 29 nov. 2022

¹⁰⁸ BOUJIKIAN, Kenarik. **Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever**. 2020. Revista Conjur. FONTE: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever#:~:text=A%20neutralidade%20%C3%A9%20um%20mito,tratadas%20de%20forma%20absolutamente%20igualit%C3%A1ria>.

adjetivo de dois gêneros e como um adjetivo, valoriza um substantivo, um ser, indicando um atributo. Parece ser inconsistente pensar sobre a incapacidade de um determinado indivíduo, em seu aspecto humano e em pleno desenvolvimento cognitivo e de construção sociocultural, de interpretar e julgar, conforme o ordenamento jurídico confere, sem o envolvimento próprio cognitivo e comportamental. Sendo então, a aplicação correta, e mais adequado, qual seja o Princípio da neutralidade, e não da imparcialidade.

8 FENÔMENOS NEOCONSTITUCIONAIS PARA O BRASIL

O neoconstitucionalismo, também chamado de novo direito constitucional, é identificado como uma transformação do Estado, não somente pelo direito constitucional, como pelo próprio texto constitucional. O Estado constitucional de direito pode ser analisado, pelo fator filosófico, este visto pelo pós-positivismo, elemento central da reaproximação do direito e a ética, com base nos direitos fundamentais. Além de análise do fator teórico, cujo as mudanças incluem o alcance expansivo da Constituição, além da força da norma constitucional, desenvolvendo uma nova dogmática dentro da interpretação da Constituição.

Dito isso, parece ser obvio entender que pensamentos divergentes se desenvolvam, pois a nova forma de interpretação constitucional aplicada pela Suprema corte, alcança um nível profundo na doutrina nacional, causando o surgimento de um movimento constitucional chamado de panconstitucionalismo, que se caracteriza pelo excesso da constitucionalização, com previsibilidade no texto Constitucional, por diversas matérias que deveriam ser melhor regulamentadas pela constituinte.

Outro movimento, em termos cronológicos, mais recente que o anteriormente citado, é o transconstitucionalismo, cujo o diálogo se dá por diversos níveis do ordenamento jurídico, dentro de uma mesma problemática constitucional. Abrange a o raciocínio transversal, onde analisa primeiro o problema, no cenário externo, antes de adotar medidas no Estado nacional. Outros movimentos a serem analisados em tópicos específicos deste capítulo, são a zona de penumbra, a mutação constitucional, o *déficit* democrático, a judicialização em excesso e da política

Não parece fazer tanto sentido para os padrões convencionais, aplicados nas formações acadêmicas. Portanto, a um enorme esforço da doutrina, em compreender e alinhar esse pensamento, sendo assim, é equivocado o pensamento de observar apenas na literalidade da escrita da norma, tornando necessário expandir essa compreensão para os aspectos doutrinários, frente a interpretação pela Suprema corte.

8.1 DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

A uma controvérsia, e que apresenta inquietações por parte dos que demonstram interesse no estudo acerca do Direito Constitucional, é quanto ao uso do termo constitucionalismo, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o uso do termo, em sua forma moderna, apresenta além do campo ideológico, no qual remonta o princípio do governo limitado indispensável, a uma expansão ao campo sociológico, mesmo que seja visto pela perspectiva jurídica¹⁰⁹. De forma genérica, entende-se como uma forma de limitar os Poderes Estatais, alcançando ainda, fundando os princípios fundamentais, regem a organização social do Estado, movimento jurídico, político e social, com viés ideológico, partindo da emersão da Constitucional. De modo geral e sem excluir a supranacionalidade na norma, se posiciona no topo do ordenamento jurídico, embora na própria Constituição, que em outras palavras, se constrói dentro de uma norma fundamental, no texto Constitucional, sendo numa análise acessória no que seria a Constituição em sua forma e objetivo. Esta visão moderna do constitucionalismo de Canotilho, "é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantir limitação do poder do Estado"¹¹⁰. Prefere chamar o constitucionalismo de movimentos constitucionais e a define como uma teoria, que eleva o princípio do governo limitado, este indispensável à garantia dos direitos em dimensão estrutural para a organização político-social. Trata-se de uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou mesmo a teoria do liberalismo. Canotilho define o constitucionalismo como sendo uma:

“Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo,

¹⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* LENZA. Pedro. Direito **Constitucional esquematizado**. 22^a. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.64.

¹¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* LENZA. Pedro, loc. cit.

uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”.¹¹¹

Por outra perspectiva, Kildare Gonçalves Carvalho, o constitucionalismo, consiste em uma divisão de poderes, para evitar arbitrariedade e o absolutismo, servindo também para representar o governo das leis ao invés dos homens, a racionalidade da norma e não do mero poder.

“...em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado”¹¹².

Portanto, o constitucionalismo moderno, pode ser visto como um movimento jurídico e político, social, que se reflete na estrutura organizacional do Estado, por meio de previsibilidade dos direitos e garantias fundamentais. André Ramos Tavares, entendeu que todo Estado avança no sentido de que a Constituição contém regras que limitam o autoritarismo e de prevalência, e organizou em quatro acepções:

“... numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico constitucional de um determinado Estado”¹¹³.

No início do século XXI, a doutrina moderna, passa a obter uma nova perspectiva acerca do constitucionalismo, surgindo então o um novo conceito, pós-moderno, chamado de neoconstitucionalismo, para alguns conhecido como pós-

¹¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* DUTRA, João Gomes Neto. **Constitucionalismo: acepções.** *site* Conteúdo jurídico. 19 jun. 2014. FONTE: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39849/constitucionalismo-acepcoes>

¹¹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição.** Direito Constitucional Positivo. 12^a ed. p. 211 *apud* LENZA. Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 22^a. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.64.

¹¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 4^a.ed. p.1 *apud* LENZA. Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 22^a. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.64.

positivismo¹¹⁴. Em termos comparativos, ainda segundo o autor, o Constitucionalismo moderno, traz a hierarquia entre as normas e a limitação dos poderes, enquanto o neoconstitucionalismo, apresenta que a hierarquia entre as normas, não pode ser restrita ao seu conceito formal, mas também pelo caráter axiológico, eu seja, o seu valor e a aplicação do direito fundamental.

A nova forma de interpretar a Constituição, vem se aproximando cada vez mais, do sentido em que o legislador pretendia com a criação da norma. Esta nova forma de se interpretar a Constituição, aos moldes inovadores do neoconstitucionalismo, acabam trazendo consequências jurídicas doutrinárias, sociais, econômicas e até mesmo, Política. Surgem então efeitos oriundos dessa nova interpretação, conhecido pela expressão fenômenos neoconstitucionalismo.

Todo avanço do neoconstitucionalismo, em suas características, parecem conduzir a uma observância, no tange a valoração efetiva, erguendo-se sobre o objetivo de extrair do texto constitucional o sentido axiológico, servindo-se do fundamento da dignidade da pessoa humana, como disposto no art. 1º, inciso III, da CF/88¹¹⁵.

Embora haja divergências acerca do neoconstitucionalismo, o fato é que em sua forma prática, a Constituição é colocada como ponto central norteador, sendo inquestionável que represente uma nova ordem Constitucional.

8.2 PANCONSTITUCIONALISMO E TRANSCONSTITUCIONALISMO

O panconstitucionalismo, em seu conceito, trata-se de um movimento constitucional, e possui em suas características, excesso na constitucionalização, sem perder a base que é a Constituição Federal brasileira, por diversas matérias, as quais deveriam ser desenvolvidas a quem compete legislar.

Esses excessos no uso dos princípios no momento de interpretar a Constituição, conduz a uma espécie de conclusão para todos os temas relacionados a vida, surgindo como consequência, um crescimento notável de poder exercido pelo STF e, conseqüentemente a diminuição dos poderes do Legislativo e do

¹¹⁴ LENZA. Pedro. Direito **Constitucional esquematizado**. 22ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.69-70

¹¹⁵ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Executivo, trazendo uma grave ameaça ao sistema democrático e aos direitos a liberdade.

Outro movimento, trazido em 2009 por Marcelo Neves¹¹⁶, a nível nacional, é do surgimento do transconstitucionalismo. Foi apresentado como um meio de um diálogo em âmbito constitucional, que acontece em torno de uma problemática, vinculado a diferentes áreas do direito, locais, supranacionais, estatais, transnacionais e até mesmo internacionais, de forma a harmonizar frente as garantias fundamentais e nos direitos humanos. Enfrentados esses problemas, transforma-se em transconstitucional. Parte das instituições constitucionais ao redor do mundo, partem da premissa de maior uso da Constituição, impondo força a valoração moral positivo do texto constitucional.

Desta forma direito Constitucional, cria pontes e que transformam, ou expandem as relações transversais no ordenamento jurídico, que buscam concomitantemente, soluções. A ADPF nº 101/DF, de relatoria da Ministra Carmém Lúcia, trouxe o transconstitucionalismo, quando tratou do tema acerca da importação de pneus usados, nesta temática, instituições como Mercosul, ONU, OMC, e mesmo a União Europeia, debatiam o tema¹¹⁷.

8.3 OS RISCOS A DEMOCRACIA

Portanto o texto constitucional, deixa de ser interpretado conforme o modelo do positivismo, semelhança ao ocorrido na época do jusnaturalismo, para democracia, dentro de um modelo político-social, e partindo do ponto em que, torna-se o que Ingeborg Maus disse ser, uma verdadeira teologia constitucional, na qual “o juiz torna-se juiz não mais da conformidade de atos à lei, mas juízes da própria lei”¹¹⁸.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª.ed. São Paulo, SP. editora WMF Martins Fontes. 2009.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 101**. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Dje nº 108 Divulgação 01. mai. 2012 Publicação 04 mai.2012 Ementário nº 2654-1 Distrito federal. FONTE: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>

¹¹⁸ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. do alemão, Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, SP. n. 58. p.183-202. 2000. FONTE: https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO_COMO_SUPEREGO_DA_SOCIEDADE.

Com a ideia de um panconstitucionalismo, aos poucos vem diminuindo o poder do povo, estreitando a democracia, tendo em vista o uso dos instrumentos constitucionais, para controlar as ações do Estado, assumindo o protagonismo, o STF, detém o poder de exercer a última palavra. Ricardo Peake Braga, cita em seu artigo:

“A pretexto de exercer um papel contra majoritário em defesa de minorias e de direitos fundamentais, as cortes constitucionais passaram reduzir o espaço de atuação da maioria (eliminação da discricionariedade administrativa) e fazer próprio Judiciário não constitucional (eliminação da discricionariedade judicial), de forma a que toda e qualquer política estatal torne-se uma política constitucional, a ser ditada pela corte constitucional, esta, ao contrário, livre, na prática, de quaisquer amarras a suas próprias interpretações, desde que teoricamente fundamentadas em princípios constitucionais ou até mesmo supraconstitucionais, que adquirir a natureza cada mais discursiva”¹¹⁹

Braga considerou contraditório o conceito aplicado sobre a égide sociocultural, e ainda aponta desprezo a valores da sociedade como as liberdades individuais e de igualdade, conceitos de família, religião, temas como diversidade, relativização das liberdades, a superioridade do interesse coletivo sobre o individual, chegando à conclusão de que essas ações da Suprema Corte sobrepõem à vontade popular.

No entanto, ao que parece, foi ignorado a ideia de que o direito se atualiza, e esta, em constante evolução, e que, a sociedade muda, conceitos mudam. E na medida que as mudanças ocorrem, o Estado, que deve garantir os direitos fundamentais, base da Constituição do Brasil, precisa garantir o exercício desses direitos. O judiciário, age quando provocado, e frente as demandas urgentes, precisa solucionar-las. A forma tradicional político-constitucional do ocidente, a competência em criar normas, foi dada ao poder Legislativo. Para o poder Executivo, coube editar regras, para aplicação das leis, no entanto, sem contrariar, nem criar restrições ou anulações.

Vale ressaltar que para a garantir a aplicação da democracia moderna no plano constitucional, deve prevalecer a separação de poderes, desnecessário

¹¹⁹ BRAGA, Ricardo Peake. **Panconstitucionalismo, democracia e Juristocracia**. 2020. p.133 *apud* ABBoud, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2^a.ed. São Paulo, SP. Revista dos Tribunais. p.292 e 2762. O nome do capítulo é ilustrativo, **A necessária superação da discricionariedade**: a releitura da legalidade à luz da constitucionalidade.

ênfatizar a importância da segurança jurídica para a vida social. Ao poder Judiciário, sempre caberá interpretar as leis e principalmente, garantir sua aplicação e o exercício dos direitos fundamentais.

8.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As mutações constitucionais, decorrem de mudanças por meio da interpretação, em seu alcance, sentido, e o significado de alguns dispositivos constitucionais que ocorrem sem os procedimentos convencionais de emenda ou revisão.

Trata-se de um fenômeno que modifica determinada norma da Constituição Federal em sua compreensão, sem que haja alteração em seu texto. Esta alteração, pode ser considerada informal, em razão dos requisitos formais, necessários para modificar seu conteúdo da norma constitucional, não são atendidos. Isso significa que a interpretação de um determinado artigo da Constituição, se adapta às mudanças ao longo do tempo sem interferir diretamente nela, seu conteúdo permanece inalterado, mas o significado é novo.

8.5 ZONA DE PENUNBRA

A Zona Penumbra refere-se a um conceito jurídico desenvolvido pelo renomado jurista brasileiro Guilherme Marinoni, intitulada “A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF”, no qual propôs uma abordagem para lidar com situações jurídicas complexas que não se enquadram claramente em uma categoria legal definida¹²⁰.

Considerando a questão da interpretação e deixando claro que cabe ao STJ a função de determinar a interpretação da lei no sentido constitucional, ainda que esta interpretação seja contraditória, não cabe recurso extraordinário à decisão interpretativa de lei.

Na visão do autor, seria um erro permitir que o Supremo Tribunal Federal analise a constitucionalidade de uma norma interpretativa que não foi incluída, ou seja, consolidada. O STF abre as portas para determinar a constitucionalidade de

¹²⁰ MARINONI, L. G. **A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF**. 2ªed. 2023. Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais. São Paulo, SP. pp, 220.

interpretações ainda não aplicadas da lei, permitindo recursos sobre a mesma questão legal no vazio disponível para ambas as jurisdições, ou seja, atribui ao STF decidir sobre a constitucionalidade de uma lei ainda não interpretada pelo STJ, a qual pertence a função interpretativa. Por outro lado, se o STF analisasse todas as decisões do STJ quanto à constitucionalidade, indiretamente estaria negando a função do Supremo Tribunal Federal para ambas as jurisdições. Claramente, consolidar-se-ia a função remediadora inadequada de um tribunal em relação a outro, tornando o STJ um tribunal recursal maciço e ultrapassado.

A zona penumbra reconhece que a lei não pode prever todas as possíveis situações e que os casos difíceis exigem uma análise mais aprofundada para alcançar resultados justos. Marinoni argumenta que é essencial evitar a rigidez excessiva do legalismo estrito, permitindo que o direito se adapte às mudanças sociais e às novas questões que surgem.

Portanto trata-se de uma área de incerteza que existe no direito quando os fatos ou circunstâncias de um caso que não se encaixam perfeitamente em uma norma legal existente e os limites entre o que é legal e ilegal, válido e inválido, tornam-se vagos e imprecisos.

9 OS PERIGOS DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO NO BRASIL

A expressão, *déficit* democrático veio do sociólogo britânico David Marquand em 1970 e recuperou protagonismo frente a deliberação pelo parlamento na Europa, que ganhou força com a saída do Reino Unido da União Europeia, o chamado *British exit*¹²¹, traduzido como saída Britânica. Basicamente podemos relacionar esta expressão com o desalinhamento entre o que almeja a população e as decisões do parlamento.

No Brasil, o sistema democrático onde escolhemos representantes dos poderes Executivo e Legislativo, esse desalinhamento traz sérios problemas de legitimidade. Isso ocorre pelo fato de que as decisões não se alinham com os anseios da população, o que acabam refletindo em um desgaste na crença da sociedade pelo sistema democrático, pois traz a sensação de não estarem sendo representados, sentimento esse que acaba provocando um descontentamento e descrença com o processo político.

A um problema no modelo representativo aplicado no Brasil, cujo o maior problema para o sistema político é a sua legitimidade. O fato de o poder estar concentrado nas mãos de poucos, torna possível utilizá-lo em benefício dos próprios representantes e dos grupos a que estão associados. Os cidadãos eventualmente perdem o controle de sua tomada de decisão e, às vezes, não conseguem perceber o poder das influências externas sobre as ações dos políticos profissionais.

Um dos perigos iminentes do *déficit* democrático é a fragilização dos direitos e liberdades individuais. Em um sistema democrático saudável, os direitos fundamentais são protegidos e garantidos pelo Estado. No entanto, quando há um *déficit* ao Estado democrático, há uma tendência de restrição desses direitos, como a liberdade de expressão, de imprensa e de manifestação. A erosão dessas liberdades ameaça a diversidade de opiniões e enfraquece a capacidade dos cidadãos de fiscalizar o governo. Outro risco grave ao Estado democrático é a

¹²¹ O termo *Britain Exit*, também conhecida de forma abreviada como *Brexit*, de origem inglesa, traduz como “Saída Britânica”, uma tradução literal para o português. Se refere ao rompimento histórico britânico com a União Europeia. Junção das palavras *Britain* (Bretanha) e *exit* (saída), trazia referência à saída do Reino Unido, formado por quatro países: Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte e País de Gales, da então União Europeia, no final de janeiro de 2020. Com isso o Reino Unido entraria na história como o primeiro Estado membro da União Europeia, a se desliga. Para evitar o *Brexit*, deveria pagar o valor aproximado de 30 bilhões de libras à então União Europeia. Este valor foi negociado, e fez parte de um acordo de retirada, concluído pelo então primeiro Ministro Boris Johnson. FONTE: FERNANDES, Cláudio. **Brexit: a saída do Reino Unido da União Europeia**. Brasil Escola, 2023.

corrupção e falta de transparência, pois no Brasil, os riscos também estão ligados à corrupção e à falta de transparência, enfraquece as instituições e abalar a confiança dos cidadãos no sistema político. Quando há falta de transparência nas ações governamentais e nos processos de tomada de decisão, é difícil responsabilizar os líderes políticos por suas ações e garantir que eles ajam em benefício do interesse público. Isso cria um ambiente propício para abusos de poder e manipulação dos recursos públicos.

Pode-se notar também a concentração de poder e enfraquecimento dos contrapesos institucionais, apresenta outro perigo para o surgimento de um *déficit* democrático, em outras palavras, trata-se, portanto de uma concentração de poder e o enfraquecimento dos contrapesos institucionais. Em um sistema democrático robusto, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem atuar de forma independente e equilibrada, fiscalizando uns aos outros. No entanto, quando há um *déficit* democrático, observa-se a concentração excessiva de poder em um único poder ou em um único líder político, enfraquecendo os mecanismos de freios e contrapesos. Isso pode levar a decisões arbitrárias, violações dos direitos humanos e erosão da separação de poderes.

Por último pode-se apresentar a desigualdade e exclusão social, esse constantemente palco de debates. Está relacionado à persistência da desigualdade e da exclusão social, pois a democracia não se limita apenas a processos eleitorais, mas também inclui a capacidade dos cidadãos de participar ativamente nas decisões que afetam suas vidas. Quando determinados grupos sociais são marginalizados e excluídos do acesso aos recursos e oportunidades, ocorre uma distorção na representação e na voz dos cidadãos. Isso compromete a legitimidade do sistema democrático e a capacidade de atender às necessidades de toda a população.

Para o Brasil representa uma séria ameaça aos princípios fundamentais da democracia, colocando em risco os direitos individuais, a transparência, a separação de poderes e a inclusão social. Para superar esses perigos, é essencial fortalecer as instituições democráticas, promover a participação cidadã, combater a corrupção e reduzir as desigualdades. É preciso buscar uma maior conscientização e engajamento da sociedade civil, além de uma governança responsável e comprometida com a democracia para garantir um futuro mais justo, livre e democrático para o Brasil.

10 DA MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA

Embora não haja uma única origem definitiva para o termo, a cláusula democrática de Hans Kelsen, embora não seja conhecido por usar explicitamente o termo, refere-se a um conceito desenvolvido por ele em sua obra "Teoria Geral do Direito e do Estado"¹²². Essa cláusula estabelece que somente um Estado democrático e baseado no Estado de Direito pode ter autoridade legítima, ou seja, seu uso e desenvolvimento estão relacionados a contextos políticos e jurídicos específicos.

A ideia de uma cláusula democrática começou a ganhar destaque principalmente nas décadas de 1980 e 1990, quando muitos países passaram por transições políticas rumo à democracia, nesse período, várias organizações regionais e internacionais, como a OEA, a União UE e o Mercosul, começaram a incluir cláusulas democráticas em seus tratados e acordos¹²³.

As cláusulas democráticas têm o objetivo de promover e fortalecer os princípios democráticos, a proteção dos direitos humanos e a boa governança. Elas frequentemente estipulam que os países signatários devem respeitar e promover a democracia, realizar eleições livres e justas, proteger os direitos humanos e aderir a normas e princípios democráticos estabelecidos.

No entanto, é importante destacar que o uso e a aplicação do termo "cláusula democrática" podem variar em diferentes contextos e instituições. Cada organização ou acordo pode ter suas próprias definições e requisitos específicos para a implementação da cláusula democrática.

Em resumo, a origem do termo "cláusula democrática" está relacionada ao crescimento do interesse global em promover e proteger a democracia como um valor fundamental, refletido na inclusão de disposições específicas em documentos legais para garantir o respeito aos princípios democráticos por parte dos Estados signatários.

¹²² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, 1881-1973. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo, SP. Editora Martins Fontes, 1998. FONTE: <https://estudos001.files.wordpress.com/2014/02/hans-kelsen-teoria-geral-do-direito-e-do-estado.pdf>

¹²³ TRINDADE, Otávio A. D. Cançado. **A cláusula democrática do MERCOSUL: aspectos jurídicos do argumento diplomático**. Brasília, DF. Fundação Alexandre de Gusmão. FUNAG, 2021.; FONTE: https://funag.gov.br/biblioteca-nova/pdf/mostraPdf/1/1168/clausula_democratica_do_mercosul:_aspectos_juridicos_do_argumento_diplomatico_a

10.1 DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen foi um renomado jurista e teórico do direito austríaco que fez contribuições significativas para a teoria constitucional e a filosofia do direito. Uma das principais ideias associadas a Kelsen é a "cláusula democrática", também conhecida como "cláusula majoritária".

A cláusula democrática de Hans Kelsen é uma doutrina que estabelece que todas as ações e decisões do governo devem ser fundamentadas na vontade da maioria expressa através de um procedimento democrático. Segundo ele, a legitimidade do poder político deriva do consentimento da maioria e do respeito às regras e procedimentos estabelecidos pela ordem jurídica.

Notasse que o sistema democrático era o melhor meio de estabelecer um equilíbrio entre a autoridade do Estado e a liberdade individual. Ele defendia que a vontade da maioria, manifestada por meio de eleições e outros processos democráticos, deveria ser a base para a criação e a validade das leis.

Essa cláusula democrática de Kelsen tem implicações importantes para a organização do Estado de Direito e a separação de poderes. Ele argumentava que o poder político deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e que o Judiciário desempenha um papel fundamental na garantia desse cumprimento. Pois, os tribunais têm a responsabilidade de revisar a conformidade das leis e dos atos governamentais com a Constituição, assegurando que a vontade da maioria seja exercida dentro dos parâmetros legais.

No entanto, é importante destacar que a cláusula democrática de Kelsen não se limita apenas à dimensão formal da democracia, ou seja, aos procedimentos eleitorais. Para ele, a democracia também envolve o respeito aos direitos e às liberdades fundamentais dos indivíduos, independentemente da vontade da maioria. Portanto, Kelsen defendia a necessidade de um sistema de proteção dos direitos individuais e de mecanismos constitucionais que limitassem o poder do Estado, a fim de evitar a tirania da maioria.

Em resumo, a cláusula democrática de Hans Kelsen postula que a legitimidade do poder político deriva da vontade da maioria, expressa através de um procedimento democrático. Essa cláusula destaca a importância do Estado de Direito, da separação de poderes e da proteção dos direitos individuais como elementos fundamentais da democracia.

10.2 DA MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA PELO STF

A mitigação da cláusula democrática pela Suprema Corte, refere-se a situações em que o poder judiciário de um país interfere nas decisões políticas, relacionadas à democracia. Isso pode ocorrer quando os tribunais assumem um papel ativo na revisão de atos do poder executivo ou do legislativo, com o objetivo de proteger a democracia ou garantir o cumprimento de princípios democráticos.

Existem diferentes perspectivas sobre a mitigação da cláusula democrática pelo Judiciário. Alguns argumentam que o poder judiciário desempenha um papel importante na proteção dos direitos individuais e na defesa da democracia. Eles veem a atuação do judiciário como uma salvaguarda necessária contra possíveis abusos de poder por parte dos governantes eleitos.

Por outro lado, há críticas a essa prática, com argumentos de que o Judiciário pode exceder seu papel constitucional e interferir indevidamente nos assuntos políticos. Isso pode levar a uma judicialização excessiva da política, minando a legitimidade das instituições democráticas e restringindo a vontade popular expressa por meio do voto.

A questão da mitigação, é complexa e controversa, o é importante encontrar um equilíbrio entre a proteção da democracia e a preservação dos princípios de separação de poderes. Idealmente, o Judiciário deve atuar como um guardião imparcial e independente, na defesa da Constituição, evitando interferências políticas desnecessárias, mas também garantindo que os direitos fundamentais sejam protegidos e que os abusos de poder sejam corrigidos quando necessário.

A abordagem adotada pode variar de acordo com o contexto legal, constitucional e político de cada país. Alguns sistemas jurídicos conferem ao Judiciário amplos poderes para revisar atos do poder público, enquanto outros adotam uma visão mais restrita do papel do Judiciário na esfera política¹²⁴.

Em resumo, a mitigação da cláusula democrática pelo Judiciário envolve um debate complexo sobre o equilíbrio de poderes e a proteção dos princípios democráticos. É importante encontrar soluções que preservem a democracia, garantam a separação de poderes e respeitem o estado de direito.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª.ed. São Paulo. Saraiva, 2017. p. 440.

11 EFEITOS DO *COMMON LAW* NO MODELO JURÍDICO BRASILEIRO

A expressão fontes do direito, entende-se como sendo um sistema de normas jurídicas, com definição e lógica, organizando as relações jurídicas com as realidades sociais do Estado, por estar o direito, em constante evolução. No modelo tradicional, estas fontes são apresentadas como sendo a lei, os costumes, a jurisprudência, equidade e a doutrina, tendo hoje discursões acerca dos princípios fundamentais, mas sem ignorar os argumentos atuais, acerca de que os princípios fundamentais, também constituem as fontes do direito¹²⁵.

Fontes imediatas do direito, podem ser definidas como fatos que consideram como sendo geradores do direito e, observando internamente o direito, a fonte imediata, qual seja, as leis, que incluem nesta definição, a Constituição federal, as leis ordinárias, decretos, entre outros.

A CF/88 ocupa o topo da ordem jurídica, sem subordinação a outra fonte de direito positivada. Dispositivos que violam a Constituição podem ser considerados inconstitucionais. No entanto, não há um consenso claro e unânime sobre a autoridade entre as fontes do direito. O artigo 59 da Constituição Federal estabelece que as fontes do direito, como emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, decretos e vigiância, têm posição igualitária em relação aos textos infraconstitucionais¹²⁶.

Cada uma dessas fontes tem uma finalidade específica e atua em campos diferentes, não podendo ser sobrepostas no mesmo plano de atuação. Não é possível argumentar sobre autoridade entre elas, pois cada uma exerce autoridade soberana de normas em seu campo de atuação. Portanto, as fontes do direito não possuem autoridade entre si.

Entretanto, de forma ambígua, as fontes primárias, os tribunais superiores e a doutrina descrevem erroneamente a posição das fontes primárias, positivas, que geralmente são consideradas abaixo apenas da Constituição Federal. Quando analisados os aspectos de *quórum* para a criação de cada norma, fica evidente a

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Fontes do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Tema: Teoria Geral e Filosofia do Direito. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA Alvaro de Azevedo, FREIRE, André Luiz. 1ª.ed. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 10 dez. 2023.

¹²⁶ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

diferença hierárquica e sua valoração, como é o caso do rito de aprovação das leis complementares estabelecidas pelo artigo 69 da Constituição Federal, que é absoluto¹²⁷.

No ordenamento jurídico, logo abaixo da Constituição Federal, na teoria de Kelsen aplicada no Brasil, encontra-se as fontes secundárias, como decretos, portarias, instruções normativas, relacionadas à gestão do poder Executivo, com o objetivo de aplicar as normas. É importante ressaltar que as fontes secundárias não derivam de uma relação direta de subordinação ao texto constitucional, mas apenas da fonte primária. Portanto, quando algum dispositivo entra em conflito com a Constituição Federal, não pode ser considerado inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal resolveu essa questão no julgado do Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 365/DF, com relatoria do Ministro Celso de Mello¹²⁸:

“As instruções normativas, editadas por órgão competente da administração tributária, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais de que devem constituir normas complementares. Essas instruções nada mais são, em sua configuração, jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade está diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexo de acessoriedade e dependência.”

(STF – ADIMC 1.383 – RS – T.P – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 18.10.1996)

Dito isso, as fontes primárias, não possuem características de inconstitucionalidade, no entanto, as secundárias, afrontam diretamente à CF/88.

¹²⁷ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹²⁸ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DISPOSITIVOS DOS PROVIMENTOS Nº. 08/95-CGJ, 34/95-CGJ E 39/95-CGJ DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – PEDIDO DE LIMINAR
Esta Corte já firmou o entendimento de que só é cabível ação direta de inconstitucionalidade para verificar-se se há ofensa ao princípio constitucional da reserva legal ou de invasão de competência legislativa de um dos membros da Federação, quando o ato normativo impugnado é autônomo, ou seja, ato normativo que não vise a regulamentar lei ou que não se baseie nela, pois, caso contrário, a questão se situa primariamente no âmbito legal, não dando ensejo ao conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. (STF – ADIMC 1.383 – RS – T.P – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 18.10.1996). FONTE: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF639.pdf>

Compreendido então, que a fonte secundária deve ser considerada ilegal, mas não inconstitucional, pelo fato de que a fonte secundária na verdade é derivada da primária, pois se trata de apenas um acessório que, alcança o *status* de ilegal por interpretação equivocada. Por essa égide, o STF, com pontualidade, resolveu:

"Se a instrução normativa, em decorrência de má interpretação das leis e de outras espécies de caráter equivalente, vem a positivar uma exegese apta a romper a hierarquia normativa que deve observar em face desses atos estatais primários, aos quais se acha vinculada por um claro nexo de acessoriedade, viciar-se-á de ilegalidade – e não de inconstitucionalidade -, impedindo, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. Precedentes: RTJ 113/69- RTJ 134/559. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vínculo jurídico resulte, num desdobramento ulterior, um potencial violação da Carta Magna, ainda assim estarse-á em face de uma situação e inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada." (STF, Pleno, ADIMC 1347/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.12.95, p. 41685)

Sob a relatoria do Ministro Celso Mello, o STF, ratificou o referente posicionamento, conforme a RTJ¹²⁹, recentemente, que tratou acerca dos conflitos entre tratados internacionais e leis brasileiras, ratificou:

"Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado Brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico – não em virtude uma inexistente primazia hierárquica, mas sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade." (RTJ 83/809)

¹²⁹ RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência. A Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ) é um periódico editado pelo Supremo Tribunal Federal desde 1957, com o objetivo de difundir a jurisprudência da Corte. FONTE: Coordenadoria de difusão da informação do STF, *site*: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/239_1.pdf Acesso em: 20 jan. 2023.

Visto que, uma vez ratificado, deve ser tratado da mesma forma que as leis que regulam a matéria de destino. Portanto, ficam sujeitos ao princípio cronológico, sem prejuízo a alteração, podendo perder seus efeitos por criação de norma específica, mesmo que em sentido contrário, sem perder o dever responsável do Estado em vias internacionais, por este conter revogação unilateral de um acordo.

A conclusão é que, a fonte secundária, está subordinada a fonte primária, sendo criadas pelo interesse, sem desconsiderar sua função de assessoramento, frente as normas superiores. Ao estipular essa superioridade da fonte primária, sobre aplicabilidade em face da secundária, ressalta-se que, o valor da eficácia, deve ser critério para estipular a hierarquia.

Desta forma, foi concedido ao STF, o poder de determinar uma normativa, que refletirá em todo poder Judiciário e até mesmo no Executivo por meio da Administração Pública. No entanto, mesmo que apresente limitação, pois deve ter como foco questões de cunho Constitucional, em sua matéria, ele permite que o mais alto poder judiciário possa legislar sobre questões específicas, desvia assim, da ideia tradicional de tripartição dos poderes. Esta possibilidade é baseada no modelo anglo-saxônico, visto no sistema jurídico dos EUA, não no sistema germânico-romana clássica aplicado no Brasil. Em certo sentido, a jurisprudência estabelecida acaba tendo mais força que à regulamentação do processo de adjudicação.

Cronologicamente, ao passo em que o sistema romano-germânico se apresenta como sendo um modelo tradicional no direito brasileiro, cujo sua aplicação se dá pela interpretação da norma escrita, o sistema anglo-saxônico, *common law*, conhecido como o direito não escrito, vem influenciando fortemente o sistema jurídico brasileiro. Portanto, vem ganhando forte ascensão no sistema jurídico brasileiro, atualmente presente nas decisões pelo Supremo Tribunal Federal, apresentando valor ao dispositivo secundário de fonte.

A ideia levantada pela autora, Alice Saldanha Villar, trata como mero afinio a influência do sistema *common law* no Brasil, em sua obra intitulada Direito Sumular-STF e o Direito Sumular-STJ, de 2015, com o prefácio do Ministro Luiz Fux, a autora considerou que:

“O cenário mundial atual, marcado pelo processo de globalização, é palco de uma intensa comunicação intercultural, o que conduz à progressiva aproximação desses dois sistemas jurídicos, que passam a dialogar.

Nesse passo, vemos países de tradição anglo-americana marcados pelo sistema do *Common Law*, elaborando normas legislativas gerais, ao passo que, em países de sistema *Civil Law*, a jurisprudência e os precedentes judiciais passam a ganhar força cada vez maior.”¹³⁰

Percebe-se, com enorme respeito ao entendimento da autora, que a sumula vinculante é a aplicação interpretativa da norma escrita, essa conclusão se dá pela apresentação do conceito *civil law*, pois conforme conceitua, Juliana Miranda Dias que diz que, “o modelo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, em que a aplicação das normas se dá pela interpretação da lei escrita, ou seja, nesse sistema as normas têm como padrão serem escritas”¹³¹. Ainda na visão da autora, trata outro movimento do neoconstitucionalismo, crescente, intitulado de “commonlawlização:

“O Brasil, onde vigora o sistema jurídico de natureza *civil law*, vem se beneficiando das fortes transformações provocadas pela influência do *common law*. O Direito brasileiro, portanto, se aproxima cada vez mais do modelo teórico do *Stare Decisis*. Essa assertiva se evidencia na crescente valorização da decisão judicial como fonte indispensável do Direito. Trata-se da chamada “commonlawlização” na prática do Direito nacional.

Nesse passo, merece destaque a regulamentação do sistema de súmulas vinculantes do STF, bem como o art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, que disciplina o chamado recurso especial pela divergência jurisprudencial— cabível quando existir divergência de interpretação de lei federal entre diferentes Tribunais, chamando-se o Superior Tribunal de Justiça para apontar a correta interpretação.”¹³²

¹³⁰ VILLAR, Alice Saldanha, autora dos livros Direito Sumular - STF e Direito Sumular - STJ, da Editora JHMIZUNO, São Paulo, 2015 – com prefácio do Ministro Luiz Fux. FONTE: <https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236648454/a-influencia-do-sistema-do-common-law-no-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20brasileiro,como%20fonte%20indispens%C3%A1vel%20do%20Direito.>

¹³¹ DIAS, Juliana Miranda. **Civil Law e Common Law: qual a diferença?** 2021. Revista *online Politize*. Disponível em: <https://www.politize.com.br/civil-law-e-common-law-qual-a-diferenca/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

¹³² VILLAR, Alice Saldanha. **A influência do Sistema do Common Law no ordenamento jurídico brasileiro: estaria o direito pátrio se tornando cada vez mais sumular?** Revista Jurídica Consulex - Ano XIX - nº 437. 1 abr. 2015. p. 20-21. FONTE: <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/5736540/6560075/Revista-107.pdf>

A hipótese levantada acerca de ambos sistemas no direito brasileiro, acabam demonstrando uma influência exercida uma sobre a outra, a depender do momento. Fatores como costumes, jurisprudência, valores morais, os próprios princípios, cujo adquiriu função norteadora, diferente da proposta de Kelsen, e sem deixar lado a súmula vinculante, que acaba tendo uma vitaliciedade imprescindível na evolução da hermenêutica constitucional.

A proposta apresentada por esta pesquisa, considera a aplicação de um novo modelo, sendo este misto, entre o *civil law* e o *common law*, visto a influência que ambos exercem entre si, notasse uma possibilidade em desprender-se de um sistema tradicional, pois como bem se sabe, o direito está em constante mudança, em evolução, e na medida em que essas mudanças seguem em ritmo acelerado, vista as mudanças culturais e sociais, é equivocado, desvencilhar-se, ou mesmo se prender unicamente ao modo ortodoxo do direito.

O ordenamento jurídico brasileiro, vem recebendo uma forte intervenção de ambos os modelos, quais sejam o *common law* e o *civil law*, portanto, acaba que na prática jurídica das cortes, se apresentando como uma união das citadas vertentes, conduzido mais para o modelo o romano-germânico, no entanto, se inclinando as precedências do modelo anglo-saxônico.

Estas influências, a termos de aplicabilidade, entre os sistemas, são de fato, dispositivos do neoconstitucionalismo moderno, será imprescindível que a base acadêmica se reestruture, numa educação mista no que tange modelo jurídico, de modo a assegurar melhor desenvolvimento interpretativo do direito moderno, observando as cortes brasileiras e nessa perspectiva, o texto constitucional e as decisões dos Ministros do STF e mesmo das cortes inferiores, poderão ser observadas pelo requisito de valoração e desta maneira tendem a assegurar as garantias e direitos fundamentais como ponto de partida, no topo do ordenamento jurídico, sendo base norteadora.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisado todos os aspectos apresentados neste trabalho, parece ficar evidente o perigo de uma interpretação constitucional muito expansiva e sem limites regimentais. Na prática, surge uma dicotomia entre o modelo tradicional do direito, na forma em que é aplicado no Brasil, com o modelo neoconstitucional ligado a nova forma de interpretar a Constituição, direcionando ao caráter intencional do legislador, na construção da norma, ao que parece, não faz tanto sentido para os padrões convencionais, aplicados nas formações acadêmicas. Portanto, a um enorme esforço da doutrina, em compreender e alinhar esse pensamento. Sendo assim, é equivocado o pensamento de observar apenas na literalidade da escrita da norma, tornando necessário expandir essa compreensão para os aspectos doutrinários, frente a interpretação pela Suprema corte. A problemática surge neste ponto, pois como c3gnito, a doutrina 3 a segunda fonte do direito, usada como dispositivo para aplica33o da fonte formal, e por n3o estar contida no texto constitucional, levantam questionamentos dos que n3o concordam com as ideias doutrinarias, diante do que de fato est3 escrito na Constitui33o federal.

Todo avan3o do neoconstitucionalismo, em suas caracter3sticas, parecem conduzir a uma observ3ncia, no que tange a valora33o efetiva, erguendo-se sobre o objetivo de extrair do texto constitucional o sentido axiol3gico, servindo-se do fundamento da dignidade da pessoa humana, conforme dita o art. 13, inciso III, da CF/88¹³³.

Por outro lado, embora haja diverg3ncias acerca do neoconstitucionalismo em sua forma interpretativa moderna, o fato 3 que, em sua aplicabilidade, apresenta um formato constitucional, que 3 colocado como ponto central norteador, sendo inquestion3vel que represente uma nova ordem Constitucional, revelando o reconhecimento da for3a normativa dos princ3pios jur3dicos na vis3o neoconstitucional. Desta forma, cobre parcialmente o formalismo, incluindo em uma interpreta33o algo maior, mais amplo, fazendo com que o caso concreto se ajuste 3 norma constitucional em abstrato, n3o perdendo de vista seus valores, dando protagonismo ao sentido racional da interpreta33o da Constitui33o.

¹³³ BRASIL. Constitui33o de 1988. **Constitui33o da Rep3blica Federativa do Brasil**. Bras3lia, DF: Senado, 1988. FONTE: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Dito isso, percebe-se que, embora rodeados de críticas, que a nova forma de interpretar a Constituição, demonstra a influência do conhecido princípio do primado¹³⁴, como sendo o primado, pautado na dignidade da pessoa humana, dentro de um aspecto intergeracional¹³⁵, desta forma, cria uma necessidade em esclarecer, quais atos que prevalecerão diante de casos concretos e ou abstratos, observados aos olhos do texto constitucional, pela ordem externa e interna do Estado democrático de direito. Esta necessidade de valorização do jusnaturalismo, chega de forma a concretizar os princípios constitucionais e os valores institucionais, no real sentido do que buscava o legislador constituinte, trazem muitas vezes, um risco altíssimo e perigoso de autoritarismo e até mesmo uma grave inclinação política do judiciário, e que pode mostrar o quanto pode ser danoso a garantia do Estado democrático de direito, baseado apenas pelos limites da criatividade interpretativa em âmbito ideológico do neoconstitucionalismo, que em muitos casos, chegam a passar longe dos estreitos da lei.

A ideia de interpretar a Constituição conforme os conceitos do neoconstitucionalismo, apresentam um crescente questionamento acerca da coerência entre as decisões da Suprema Corte, mediante ao que pregam, através de doutrinas, inclusive por eles desenvolvidas, percebe-se uma inconsistência entre a teoria que apresentam e a vontade do julgador constitucional diante dos casos concretos. Estes últimos, parecem variar conforme os cenários e desfechos políticos, tendo em vista a própria visão acerca do espaço da atuação política de uma Suprema Corte, a exemplo do que defende Barroso, e em artigos e obras de outros Ministros do STF, além de outros teóricos, conforme apresentado anteriormente, sendo inclusive refutado neste trabalho¹³⁶.

¹³⁴ O Princípio do Primado, possui limite de aplicação nas competências atribuídas à União Europeia pelos Estados, “O primado da União Europeia é uma norma que regula a relação entre o direito europeu e o direito nacional. As normas de direito da União Europeia e as normas nacionais podem ter como objeto as mesmas situações da vida. Nesses casos, é possível que entrem em conflito, na medida em que contenham resoluções incompatíveis entre si. O princípio do primado atua, assim, como uma norma que determina que, em caso de conflito, os Estados têm o dever de aplicar a norma de direito da União Europeia e de desaplicar a norma de direito nacional...”. **DRE. Princípio do primado do Direito da União Europeia. Lisboa, Portugal. Edição eletrônica Diário da república eletrônico.** FONTE: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/principio-primado-direito-uniao-europeia>

¹³⁵ SENN, Adriana V. Pommer. **O primado da dignidade da pessoa humana em seu aspecto intergeracional.** Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá. CAPES. Professora de Direito Agrário e Direito Ambiental na Faculdade de Sinop – FASIP. FONTE: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2d00f43f07911355>

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 6ª.ed. São Paulo. Saraiva, 2017. p. 440-441.

Chegasse-se à conclusão de que, se faz necessário um estudo bem mais amplo do Supremo Tribunal Federal, pelas unidades acadêmicas, colegiados diversos do judiciário, além da própria advocacia, tornasse imprescindível para a aplicação do direito e dos valores constitucionais, frente as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo, e a doutrina jurídica que vem ganhando mais destaque em julgados, mudando a forma de se apresentar demandas de ordem constitucional.

Quanto a mitigação da cláusula democrática pelo Supremo Tribunal Federal (STF) pode gerar alguns riscos e desafios. É importante destacar que a exposição a esses riscos não é exclusiva ao STF, mas se aplicam a qualquer instituição encarregada de proteger e aplicar os princípios democráticos, quais sejam os poderes Legislativo e Executivo. Alguns dos riscos incluem a judicialização excessiva, pois o risco de o Supremo Tribunal Federal tomar decisões sobre questões políticas e legislativas que deveriam ser decididas pelo Legislativo ou pelo Executivo. Isso pode resultar em uma interferência excessiva do Judiciário em assuntos que deveriam ser de competência dos poderes eleitos democraticamente.

Segundo da concentração de poder, uma mitigação da cláusula democrática pelo STF pode levar a um aumento do poder do tribunal, já que ele desempenha um papel significativo na definição dos limites da democracia. Isso pode gerar preocupações sobre a separação de poderes e o equilíbrio institucional. Em seguida a falta de *accountability*¹³⁷, pois o STF é uma instituição não eleita, e suas decisões podem ter um impacto significativo na governança do país. Isso pode gerar preocupações sobre a falta de prestação de contas direta ao povo e à democracia. As decisões do Supremo Tribunal Federal podem ser percebidas como imunes à vontade popular, o que pode minar a confiança nas instituições democráticas. Outro ponto a ser considerado quando avaliado os riscos é a polarização política, decisões polêmicas e controversas do STF podem aprofundar as divisões políticas e ideológicas existentes na sociedade. Quando o tribunal toma decisões que são percebidas como favorecendo um determinado grupo ou prejudicando outro, isso pode levar a um clima de polarização e desconfiança nas instituições democráticas.

O último ponto acerca dos riscos a ser considerado é a inconsistência e instabilidade, visto que a interpretação da cláusula democrática pelo STF pode variar

¹³⁷ FILHO, Ilton. 35. Conselho Nacional de Justiça: controle (*accountability*) judicial – capítulo III – Poder Judiciário *In*: CLÈVE, Clèmerson. **Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e poderes**. São Paulo, SP. Editora dos tribunais, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-brasileiro-organizacao-do-estado-e-dos-poderes/1479261990>

ao longo do tempo, dependendo das mudanças de composição do tribunal e das interpretações individuais dos ministros. Isso pode levar a uma falta de consistência e estabilidade nas decisões, o que pode gerar incertezas legais e políticas.

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais e na preservação dos princípios democráticos. No entanto, é necessário um equilíbrio cuidadoso para evitar que a mitigação da cláusula democrática gere consequências indesejadas. O fortalecimento das instituições democráticas, o respeito à separação de poderes e a garantia de mecanismos de *accountability* são elementos essenciais para minimizar esses riscos.

Conclui-se ainda que, de fato o Brasil já vive o sistema de *common law*, no que se refere a aplicabilidade do direito, modelo este que se baseia por meio de entendimento de tribunais, diferentemente do que ocorre no sistema *civil law*, que busca base em atos do Poder Legislativo. Portanto, o fato de o STF assumir, em alguns casos, a posição de Legislador positivo, traz um modelo diferente do romano-germânico, ortodoxamente idealizado no Brasil, qual seja, o *civil law*. Talvez já seja hora de pensar em apropriar-se de um novo sistema, misto, uma junção entre os modelos atuais, levar ao mundo acadêmico, desta forma, acompanhar de forma categórica o avanço do neoconstitucionalismo.

Desta forma, fornecerá uma melhor aplicação perante o exercício da Suprema Corte, e que refletirá em todo ordenamento jurídico, servindo inclusive como fiscalizador dos valores fundamentais. No ponto de vista institucional, cabe ao STF regimentar seus entendimentos, controlar o alcance interpretativo, trazer o neoconstitucionalismo novamente para as linhas da constituição, diminuindo o avanço do ativismo. O fato é que, o mundo avança, as relações seguem o mesmo caminho, é hora de o STF mesclar novos modelos, conter o que ultrapassa a linha da interpretação, atrás de regimentos internos da Corte, como aumento de *quorum* nas votações, assim como criação de uma casa revisora quando o assunto se tratar de doutrina aplicada sobre a literalidade da constituição, além de melhor participação da sociedade.

Ao analisar decisões da Suprema Corte, frente as suas próprias doutrinas, fica evidente a expansão do alcance de seu poder, aproximando cada vez mais da ideia napoleônica no que tange o fortalecimento institucional, com o argumento de observância aos direitos fundamentais. Um amalgamo que possui uma extrema

dificuldade de alinhamento e por este motivo, cria uma tricotomia, ou seja, um conflito de três elementos, quais sejam, a literalidade do texto, o caso concreto e a força interpretativa neoconstitucional.

Nesse sentido, os parâmetros utilizados pela Suprema Corte, são as doutrinas produzidas, e muito por eles, ou mesmo por aquelas às quais expressam concordância, e até aos que lhe tão como base o pensamento, servindo como referência para analisar a coerência das decisões da Corte, consistindo desta forma, qualquer ideia de coerência entre o que ensinam e o que julgam.

Embora uma flexibilização da constituição, pautada melhor aplicação das garantias fundamentais, possa ter seus benefícios e até possa ser desejável em certos casos, é importante reconhecer os possíveis perigos associados a essa abordagem. Há perigos potenciais a serem considerados, que podem incluir, uma instabilidade política, pois uma interpretação da Constituição flexível demais, pode levar a mudanças frequentes e abruptas nas regras do jogo político. Isso pode gerar instabilidade política, incerteza e dificuldade na implementação de políticas a longo prazo. A falta de estabilidade institucional pode prejudicar a confiança do público nas instituições democráticas.

Outro risco é o de abusos de poder, nesta a flexibilização excessiva da constituição pode abrir espaço para que governantes abusarem de seu poder. Sem salvaguardas sólidas e limitações constitucionais claras, existe o risco de violações dos direitos fundamentais, erosão do Estado de Direito e concentração excessiva de poder nas mãos de poucos. Notasse também a, uma maior polarização política, como riscos, pois as alterações frequentes na constituição podem aumentar a polarização política, uma vez que diferentes grupos podem tentar impor suas agendas e visões de forma rápida e abrupta. Isso pode dificultar a construção de consensos e compromissos necessários para a estabilidade e governança eficaz.

Nesse sentido, ainda apresenta também como risco é que, flexibilidade demais do texto constitucional, pode levar à insegurança jurídica. Se as regras fundamentais estão em constante mudança, torna-se difícil para os cidadãos, empresas e governos saberem quais são seus direitos e obrigações legais. Isso pode afetar negativamente o investimento, o comércio e a estabilidade econômica. A rigidez ou super-rigidez¹³⁸ constitucional muitas vezes é valorizada por sua capacidade de proteger os direitos fundamentais das pessoas contra interferências

¹³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2004. pg. 41.

arbitrárias. Uma Constituição flexível pode tornar mais fácil para os governos restringirem ou suprimirem esses direitos, especialmente em momentos de crises políticas ou sociais.

Vale ressaltar que, se faz importante encontrar um equilíbrio entre a rigidez ou super-rigidez¹³⁹ e a flexibilidade constitucional, levando em consideração os princípios democráticos, a proteção dos direitos fundamentais e a estabilidade política. As mudanças do texto constitucional devem ser realizadas com cautela, respeitando-se os procedimentos adequados, o debate público informado e os valores fundamentais da sociedade.

Por fim, a ideia de Separação dos Poderes proposto pelo crítico do absolutismo e defensor da democracia, Montesquieu, sofre, evidentemente alteração considerável, com o tão chamado ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e a ideia de legalidade administrativa do órgão. Surgindo então, o entendimento de que os poderes constituídos, não são mais limitados única e exclusivamente por normas infra ou supraconstitucionais, mas por normas que conectam diretamente a doutrina ao texto constitucional. Surgem desta forma, questionamentos, por alguns que acreditam que daí, em face dessas circunstâncias, o Estado teria entrado em *déficit* democrático, e traz conseqüentemente insegurança jurídica.

Fácil perceber que a dinâmica aplicada pelo STF, aproxima o ativismo judicial, ao poder moderador imposta por Dom Pedro I, pois este exercia a função de prover equilíbrio entre os poderes e suas decisões. Tal semelhança se justifica pela função atual em que o Supremo Tribunal Federal exerce mediante os demais poderes, moderando assim os excessos, nos limites desejados pela Constituinte, ligados obrigatoriamente a realidade da sociedade, no foco a garantir os direitos fundamentais, aqueles protegidos pelo texto constitucional.

Neste ponto, vê-se o Poder Judiciário, sendo um rápido e eficiente instrumento, para conter esse avanço e sanar conflitos de cunho social, resguardando o real sentido do espírito democrático, mesmo que usando de dispositivos interpretativos questionáveis, pois neste ponto, acaba trazendo à tona, a lógica paradigmática aplicada por Maquiavel, de que “os fins justificam os meios”.

Por outro lado, essa interferência, como conciliador, de quem dentem o poder supremo das leis, impõe indiretamente, força através da interpretação do texto

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2004. pg. 41.

constitucional, desta forma, acaba sendo mais uma solução danosa, do que pacífica dos conflitos.

O fato é que, mudanças significativas ocorreram desde que a Constituição Federal de 1988, fora promulgada, e atualmente os paradigmas políticos e jurídicos, fizeram com que, o Poder Judiciário tenha maior protagonismo no ordenamento jurídico e político brasileiro. Trata-se de uma linha tênue, sensível, que cujo o ponto de análise, aponta para um enfrentamento dos Poderes, acerca da legitimidade deles.

Desta forma, chegasse à conclusão de que, a capacidade de doutrinar, ultrapassando os limites da interpretação, não produzirá efeitos sem que combine com o fato de que, quem deva possuir o poder de fazer acontecer, conforme seu entendimento. A lição que se guarda, analisando todo o espírito mediador da Suprema Corte, é que, a caneta sempre transcenderá a espada ou a espada na verdade é a caneta?

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021.

AMORIM, Alexandre. **Hermes, a metáfora do mensageiro na interpretação**. 2013. Revista *online* Educação Pública. Fundação Cecierj. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/13/2/hermes-a-metaacutefora-do-mensageiro-na-interpretaccedilatildeo#:~:text=O%20termo%20hermen%C3%AAutica%20tem%20po r,deus%20Hermes%2C%20da%20mitologia%20grega>. Acesso em: 20 set. 2022

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista *online* ConJur, 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20significa%20que%20algumas%20quest%C3%B5es,seus%20minist%C3%A9rios%20e%20a%20administra%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 28 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Idem. **Ativismo judicial é uma lenda** [Entrevista concedida a] Cláudio Beato. Entrevista concedida a TV Cultura, programa Roda Viva. 15 jun. 2020. FONTE: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXFdQmP4pAU> (0:20 min.), son., color., Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXFdQmP4pAU>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6.ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Governance da Ordem Jurídica em Transformação**. In: X Fórum jurídico de Lisboa, realizado pelo IDP - Instituto brasileiro de ensino, desenvolvimento e pesquisa, 2022. Lisboa, Portugal. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/quentes/368714/ha-rarissimos-casos-de-ativismo-judicial-no-pais--diz-barroso>. Acesso em 7 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em: 05 set. 2022. p.45 e 453

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos, 1909**. Nova ed. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2004. 7ª reimpressão. Tradução COUTINHO, Carlos Nelson. apresentação de Celso Lafer. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª.ed. atualizada (em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010). São Paulo. Editora Malheiros, 2008. p. 542

BOUJIKIAN, Kenarik. **Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever**. 2020. Revista Conjur. **Disponível em:** <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever#:~:text=A%20neutralidade%20%C3%A9%20um%20mito,tratadas%20de%20forma%20absolutamente%20igualit%C3%A1ria>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRAGA, Ricardo Peake. **Panconstitucionalismo, democracia e juristocracia**. Unisul de fato e de direito. Revista jurídica da universidade do sul de Santa Catarina. 2020. *apud* ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. ed.2. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 2762 **Disponível em:** https://www.researchgate.net/publication/341499437_PANCONSTITUCIONALISMO_DEMOCRACIA_E_JURISTOCRACIA. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato das disposições constitucionais transitórias**. Centro de documentação e informação da câmara 5 out. 1988. **Disponível em:** <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. **Lei da Súmula Vinculante**. EMENTA: Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. **Disponível em:** <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11417-19-dezembro-2006-548408-publicacaoriginal-63540-pl.html> Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado, 1988. **Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 1.079, 10 de abril de 1950. **Define os Crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 abr. 1950. **Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%201.079%2C%20DE%2010,o%20respectivo%20processo%20de%20julgamento.&text=Art.,os%20que%20esta%20lei%20especifica. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. **Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 de mar. de 2023.

BRASIL. **Medida cautelar nº 34.394-DF**, de 09 de setembro de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 set. 2016. **Disponível em:** <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/09/34394.pdf> Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Ano de 2022 tem número recorde de emendas constitucionais**. Agência Senado, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/26/ano-de-2022-tem-numero-recorde-de-emendas-constitucionais>. Acesso em: 30 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Girão critica fala de Dias Toffoli sobre 'semipresidencialismo'**. Agência Senado, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/17/girao-critica-fala-de-dias-toffoli-sobre-semipresidencialismo>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.949 (Medida Cautelar)**. Publicações Temáticas, versão integral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=5235> Acesso em: 26 set.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade, dispositivos dos provimentos**. ADIMC 1.383, Rio Grande do Sul. T.P. Rel. Min. Moreira Alves, DJU, 18 out. 1996. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF639.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **As ações, ajuizadas pelo presidente da República e pelo PTB, questionavam a norma do Regimento Interno do STF que possibilitou a abertura dos Inquéritos 4781 e 4828**. Brasília, DF. 25 ago.2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471793&ori=1>. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). RE. 627.189 – SP. Ementa: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF. Portaria GP nº 69 de 2019**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: min. Edson Fachin. Distrito Federal, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517> Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 101**. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Dje nº 108 Divulgação 01. maio 2012 Publicação 04 mai.2012 Ementário nº 2654-1 Distrito federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955> Acesso em: 26 set.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572**. Brasília, 18 jun. 2020. DF. Relator Min. Edson Fachin-Plenário. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407> Acesso em: 26 set.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do STF de 1940**. Brasília: STF, 1940. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Fachin determina extinção de ações contra inquérito das fake News**. As ações, ajuizadas pelo presidente da República e pelo PTB, questionavam a norma do Regimento Interno do STF que possibilitou a abertura dos Inquéritos 4781 e 4828. Brasília, DF. 25 ago.2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471793&ori=1>. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL PARALELO. **A crise dos três poderes**. Brasil Paralelo, 2022. São Paulo. Disponível em: <https://site.brasilparalelo.com.br/seja-membro/originais-bp/crise-dos-3-poderes/>. Acesso em: 12 fev. 2023

BRASIL PARALELO. **Conheça o período napoleônico: o governo decorrente da sangrenta Revolução Francesa**. Brasil Paralelo, 2022. São Paulo. Disponível em: https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/periodo-napoleonico?utm_medium=%2Fartigos%2Fperiodo-napoleonico#. Acesso em: 5 dez. 2022.

CABRAL, Dilma. **Poder Moderador**. Arquivo Nacional, MAPA, Memória da Administração Pública Brasileira. 23 nov. 2016. Atualizada em: 31 dez. 2018. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/298-poder-moderador>. Acesso em: 25 maio 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* LENZA. Pedro. Direito **Constitucional esquematizado**. 22^a. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.64.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. 12^a ed. p. 211 *apud* LENZA. Pedro. Direito **Constitucional esquematizado**. 22^a. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.64.

CASTRO, Leonardo Aires de. **A crise da democracia anunciada: Brasil entre o déficit democrático, a democracia do público e a crise democrática**. Teoria & Pesquisa: revista de ciência política, São Carlos, SP. 2018. v. 27, n. 2, p. 1-25. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6109>. Acesso em: 5 jan. 2023

CHAER, Márcio; SANTOS, R.; VOLTARE, E.; BOSELLI, A. **A delação não pode ser o início, o meio e o fim da prova**. Revista Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/delacao-nao-inicio-meio-fim-prova>. Acesso em: 2 fev. 2023.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. Editora renovar, 2005. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/29518/mod_resource/content/1/Gisela%20Sampaio%20-%20Nexo%20Causal%20\(Opcional\).pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/29518/mod_resource/content/1/Gisela%20Sampaio%20-%20Nexo%20Causal%20(Opcional).pdf). Acesso em: 5 fev. 2023.

DALLARI, 2003, p. 46; GALINDO, 2002, p. 215-217; MAUÉS, 2008, p. 297-298 *apud* MAUÉS, Antonio Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**. SUR - Revista Internacional de direitos humanos. p.217

DALLARI, de Adilson Abreu. **Inelegibilidade decorrente de cassação de mandato presidencial**. Revista Consultor Jurídico. 13 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-13/interesse-publico-inelegibilidade-decorrente-cassacao-mandato-presidencial> Acesso em: 5 jan. 2023

DELLAGNEZZE, René. **A hermenêutica jurídica. Parte 1: Sistemas e meios interpretativos**. *site* Jus.com.br. 18 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72774/a-hermeneutica-juridica-parte-1-sistemas-e-meios-interpretativos> Acesso em: 29 dez. 2022.

DELEUZE, Gilles. **Espinoza: filosofia prática**. 1.ed. São Paulo. Editora Escuta, 2002. Disponível em: <https://conexoesclinicas.com.br/wp-content/uploads/2015/12/deleuze-g-espinoza-filosofia-pratica.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2022.

DRE. **Princípio do primado do Direito da União Europeia**. Lisboa, Portugal. Edição eletrônica Diário da república eletrônico. Disponível em: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/principio-primado-direito-uniao-europeia> Acesso em: 29 dez. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Fontes do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tema: Teoria Geral e Filosofia do Direito. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA Alvaro de Azevedo, FREIRE, André Luiz. 1ª.ed. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 10 dez. 2022.

DUTRA, João Gomes Neto. **Constitucionalismo: acepções**. *site* Conteúdo jurídico. 19 jun. 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39849/constitucionalismo-acepcoes> Acesso em: 10 dez. 2022.

FERNANDES, Victor Oliveira; DANTAS, Eduardo Sousa. **Sistema acusatório e investigação preliminar no STF: o inquérito das fake news**. Revista Consultor Jurídico, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/dantas-fernandes-sistema-acusatorio-investigacao-preliminar-stf>. Acesso em: 6 mar.2023

FERNANDES, Cláudio. **Brexit: a saída do Reino Unido da União Europeia**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/brexit-ou-saida-inglaterra-uniao-europeia.htm>. Acesso em: 13 mar. 2023.

FREUD, Sigmund. **Freud, Sigmund. Obras completas, O eu e o id, “autobiografia” e outros textos (1923-1925)**. v.16. São Paulo. Companhia das Letras.2011.p.20

FILHO, Ilton. 35. Conselho Nacional de Justiça: controle (*accountability*) judicial – capítulo III – Poder Judiciário *In*: CLÈVE, Clèmerson. **Direito constitucional**

brasileiro: organização do Estado e poderes. São Paulo, SP. Editora dos tribunais, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-brasileiro-organizacao-do-estado-e-dos-poderes/1479261990> Acesso em: 10 maio 2023.

HALL, Calvin S; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da personalidade.** Tradução: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre.2007. Editora Artmed.p.53-63.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 22.ed. São Paulo. Saraiva, 2018. p.64-205.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito / Hans Kelsen 1881-1973.** Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo. Editora Martins Fontes. 1998. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf> Acesso em: 8 mar. 2023.

KOYRÉ, Alexandre *apud* GASPARETTO, Antonio Junior. **Revolução Científica.** *site infoescola*, 2020. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/revolucao-cientifica/>. Acesso em: 24 out. 2022.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** 3ª.ed. Editora Vozes. Petrópolis, RJ. 2021 Distribuição, Clube do Livro Liberal. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/locke-john-segundo-tratado-sobre-o-gov-civil.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2023.

MANSUR, Sâmea Luz. **O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea.** 2017. Jusbrasil. Disponível em: <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea>. Acesso em: 8 mar. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF.** São Paulo: Ed. RT, 2019.

MATSUURA, Lilian. **Súmula Vinculante pode tornar STF um legislador positivo.** 2008. Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-out-18/sumula_vinculante_tornar_stf_legislador_positivo. Acesso: 8 mar. 2023

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.** Trad. do alemão, Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, SP. n. 58.p.183-202. nov. 2000. Disponível em: https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO_COMO_SUPEREGO_DA_SOCIEDADE. Acesso em: 18 dez. 2022.

MARINONI, L. G. **A Zona de Penumbra entre o STJ e o STF.** 2ªed. 2023. Editora

Thomson Reuters Revista dos Tribunais. São Paulo, SP. pp, 220.

MATTOS, L. E. B. G. **Democracia e direito em Espinoza**: considerações a respeito de uma hermenêutica spinozista frente ao Brasil de 2019. *Neari em revista, [S. l.]*, v. 5, n. 8, 2021. Disponível em:

<https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/neari/article/view/1764>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Cartas Persas de 1754**. 1ª ed. 2015. Título original *Lettres Persanes* Originalmente publicado em 1721. Disponível em:

<https://tintadachina.pt/wp-content/uploads/CARTAS-PERSAS.pdf>. Acesso em: 27 nov.2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2ª ed. São Paulo.

Editora Martins Fontes, 2000. Tradução: Cristina Marachco. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf Acesso em: 26 maio 2023.

MORAES, Alexandre de. **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo. 2ª ed. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2004. pg. 41.

NEUTRO. *In*: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2022.

Disponível em: <https://www.dicio.com.br/neutro/> Acesso em: 29 nov.2022.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1ª.ed. São Paulo, SP. editora WMF Martins Fontes. 2009.

PORFÍRIO, Francisco. **Democracia: Palavra de difícil definição, a democracia abriu espaço para a participação política popular em diferentes sociedades e épocas, além de possuir tipos diversos**. *site Brasil Escola*. Disponível em:

<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/democracia.htm>. Acesso em: 26 maio 2023.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. *In*: TJDFT, 2018. Distrito Federal.

Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 20 dez. 2022.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, 1994, 8ª tiragem 2010. p.48. nota de rodapé nº. 45. Disponível em:

https://www.academia.edu/62180345/Teoria_Tridimensional_do_Direito_de_Miguel_Reale. Acesso em: 22 dez. 2022.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed.1999. São Paulo. Editora Saraiva. p. 513-539.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2ª ed. Editora Saraiva. 1992. São Paulo.p.59. Disponível em:
https://www.academia.edu/77906105/Direito_como_Experi%C3%Aancia_de_Miguel_Reale Acesso em: 20 dez. 2022.

RONAN, Colin A. **História ilustrada da ciência da Universidade de Cambridge: da renascença à revolução científica**. 1ª ed., v.3. Editora Zahar, 2001, Tradução de Jorge Enéas Fortes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p.7-15

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas *apud* CARVALHO, Morgana Gomes de. **Breve análise sobre a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale**. *site Jus.com.br*. 7 mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72501/breve-analise-sobre-a-teoria-tridimensional-do-direito-de-miguel-reale> Acesso em: 24 out. 2022

SANTOS, Manoel Antônio dos. **A transferência na clínica psicanalítica: a abordagem freudiana**. *Temas psicol.* Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 13-27, ago.1994. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X1994000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em:14 mar. 2023.

SANTOS, Thiago Henrique de Souza. **Tridimensionalidade do direito diante dos fundamentos de Miguel Reale**. *Jus.com*. 2015. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/37848/tridimensionalidade-do-direito-diante-dos-fundamentos-de-miguel-reale>. Acesso em: 10 nov.2022

SENN, Adriana V. Pommer. **O PRIMADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM SEU ASPECTO INTERGERACIONAL**. *Revista online publica direito*. Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá. CAPES. Professora de Direito Agrário e Direito Ambiental na Faculdade de Sinop – FASIP. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2d00f43f07911355> Acesso em: 10 mar.2023

SCHLESINGER JR., Arthur M. **The Supreme Court: 1947** "A Suprema Corte", jan.1947. revista "*Fortune Magazine*. In: DOUGLAS, William O, 1898-1980. *apud* Excessos do Supremo Tribunal. CA. jan.1947. Documentos *WEB Du Bois* (MS 312). Coleções Especiais e Arquivos Universitários, Bibliotecas *Amherst* da Universidade de *Massachusetts*, 1898-1980. Disponível em:
<http://credo.library.umass.edu/view/full/mums312-b116-i211> Acesso em: 26 nov.2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª.ed. p.1 *apud* LENZA. Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 22ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.64.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV*, 2012. p. 03 (039).

TRINDADE, Otávio A. D. Cançado. **A cláusula democrática do MERCOSUL: aspectos jurídicos do argumento diplomático**. Brasília, DF. Fundação Alexandre de Gusmão. FUNAG, 2021.; Disponível em: <https://funag.gov.br/biblioteca->

nova/pdf/mostraPdf/1/1168/clausula_democratica_do_mercosul:_aspectos_juridicos_do_argumento_diplomatico_a. Acesso em: 26 nov. 2022.

VILLAR, Alice Saldanha. **Direito Sumular - STF e Direito Sumular – STJ**. Editora JHMIZUNO, São Paulo, 2015. prefácio do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/236648454/a-influencia-do-sistema-do-common-law-no-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20brasileiro,como%20fonte%20indispens%C3%A1vel%20do%20Direito>. Acesso em: 8 mar. 2023.

WADY, Ariane Fucci. **O que é Constituição "super-rígida"?**. 2008. artigo publicado pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, a classificação super-rígida. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/21663/o-que-e-constituicao-super-rigida-ariane-fucci-wady>. Acesso em: 26 nov. 2022.

WILLENS, Kathy. **Arthur Schlesinger, historiador do poder, morre aos 89 anos**. 19 ago. 2004. *Associated Press*. Tradução: ALLAIN, Clara. Folha de São Paulo. 02 ago.2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0203200705.htm> Acesso em: 8 mar. 2023.