



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

LUIZ ANTÔNIO CARDOSO DE MELO GUILHERME

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SÃO CRISTÓVÃO-SE

2024

LUIZ ANTÔNIO CARDOSO DE MELO GUILHERME

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS), para fins de obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Constitucionalização do Direito.

Linha de pesquisa: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientador: Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto.

SÃO CRISTÓVÃO-SE

2024

LUIZ ANTÔNIO CARDOSO DE MELO GUILHERME

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca
examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto
Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
Universidade Federal de Sergipe - UFS

Profa. Dra. Clara Cardoso Machado Jaborandy
Universidade Tiradentes - UNIT

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado
adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação - PRODIR/UFS

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto
Orientador

SÃO CRISTÓVÃO-SE
2024

Às minhas amadas filha, mãe e tias, Luiza, Iolanda, Angélica e Abigail, por todo amor incondicional dedicado à mim. Obrigado por tudo.

À minha amada noiva - Ianna Prudente, por toda paciência, carinho e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por sentir sua presença em cada momento da minha vida, por todo seu amor e infinita bondade, sem ti eu nada seria! Agradeço: Às minhas amadas mãe (Iolanda) e tias/mães (Abigail e Angélica), obrigado por todo amor, carinho, compreensão, ensinamentos em cada passo da minha vida. Amo Vocês! À minha filha, tão amada, obrigado por tudo meu amor. Você é meu combustível diário pra poder seguir! Te amo! Aos meus amados avós, Abigail (*in memoriam*) e Manoelito (*in memoriam*), sei que sempre estão presentes, obrigado por tudo! Ao meu querido primo, Manoelito Neto, pela atenção, disponibilidade e apoio. Obrigado. Amo você! À minha amada Noiva, Ianna, por toda a sua paciência, carinho, companheirismo e amor! Te amo! À minha querida enteada Júlia Lellys (*in memoriam*), sei que continua torcendo por mim ai de cima. Obrigado pelo carinho! À minha querida sogra, Sylvia Tereza, pelo carinho e pela torcida de sempre! Obrigado! Aos meus irmãos, João Guilherme e Gustavo, como também ao meu pai, Marcolino, pela presença, carinho e torcida. Amo vocês! Obrigado por tudo! Ao meu amigo/irmão, Milton Eduardo, você foi fundamental pra concretização deste sonho! Você sabe o quanto você é especial. Obrigado por tudo! Amo você! Aos queridos amigos, Marcondes, Débora, Camille, Diogo e Douglas por me salvarem na hora do sufoco e pela torcida. Obrigado de coração! Ao meu querido amigo, Nilzir, obrigado pelo incentivo e apoio de sempre! Você mora no meu coração! Ao meu Orientador, Dr. Ubirajara, pelo incentivo, atenção e carinho. Muito obrigado por tudo! Agradeço a todos os demais Professores do PRODIR pelos ensinamentos e atenção de sempre! Agradeço também a todos os queridos colegas e amigos que o Mestrado me deu, só tenho a agradecer as parcerias e atenção. Obrigado por tudo! E aos que aqui não foram citados e contribuíram de alguma forma. Muito Obrigado!

“A gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte, a gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte”
(Arnaldo Antunes).

RESUMO

Esta dissertação foi desenvolvida no seio do curso de Mestrado Acadêmico em Direito, na Universidade Federal de Sergipe, no âmbito da linha de pesquisa 1 – Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos. A presente pesquisa tem como propósito central a análise da legitimação da jurisdição constitucional brasileira exercida pelo Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos fundamentais, buscando enfrentar a grande tensão entre o Poder Judiciário - que exerce a jurisdição constitucional no Brasil e os Poderes Eleitos pelo voto popular, Legislativo e Executivo. O objetivo geral desta pesquisa tem por fim analisar a problemática existente entre o papel da jurisdição constitucional no Brasil e o seu caráter contra majoritário em defesa dos direitos fundamentais, tendo que muitas vezes, dirigir-se por decisões de caráter impopular, diante da omissão inconstitucional dos demais Poderes da República, em especial, do Poder Legislativo. Os objetivos específicos da pesquisa serão analisar se dentro de um cenário de interesse institucional a tensão existente entre o Poder Judiciário e os demais Poderes legitima aquele à tomada de decisões em prol do exercício de um papel ativo na jurisdição constitucional, tendo em vista que esta é uma via importante na implementação de valores substantivos previstos na Constituição Federal de 1988, bem como a busca da compressão do fenômeno do ativismo judicial a serviço do Supremo Tribunal Federal como via de resolução dos conflitos e tensões entre os demais Poderes. Busca, com isso, investigar as mudanças provocadas na sociedade atual pelas decisões da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade e ações que provocam a formação de precedente vinculante junto aos demais órgãos do Poder Judiciário, avaliando quais os impactos dessas decisões no cenário de discussão e diálogo entre as instituições, tendo ainda por intuito o propósito de considerar possíveis alternativas para propor eventuais soluções legislativas no tocante à legitimidade dos atores legitimados para atuar junto à jurisdição constitucional, como por exemplo, os legitimados ativos para propor ADPF. A título de problemática, propomos a investigação do uso desenfreado de decisões judiciais pela via da jurisdição constitucional mediante a proliferação indiscriminada de princípios para legitimar a concretização dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Jurisdição Constitucional; Supremo Tribunal Federal; Legitimidade Democrática; Poderes da República.

ABSTRACT

This dissertation was developed in the Academic Master's degree in Law, at the Federal University of Sergipe, within the scope of research line 1 – Process of Constitutionalization of Rights and Citizenship: theoretical and methodological aspects. The main purpose of this research is the analysis of the legitimation of the Brazilian constitutional jurisdiction exercised by the Federal Supreme Court in the realization of fundamental rights, seeking to face the great tension between the Judiciary - which exercises constitutional jurisdiction in Brazil and the Powers Elected by popular vote, Legislative and Executive. The general objective of this research is to analyze the existing problem between the role of constitutional jurisdiction in Brazil and its counter-majority character in defense of fundamental rights, often having to address decisions of an unpopular nature, in view of the unconstitutional omission of the other Powers of the republic, in particular, the Legislative Power. The specific objectives of the research will be to analyze whether, within a scenario of institutional interest, the existing tension between the Judiciary Power and the other Powers legitimizes decision-making in favor of exercising an active role in the constitutional jurisdiction, considering that this is an important way in the implementation of substantive values foreseen in the Federal Constitution of 1988, as well as the search for the compression of the phenomenon of judicial activism in the service of the Federal Supreme Court as a way of resolving conflicts and tensions between the other Powers. It seeks, therefore, to investigate the changes brought about in today's society by the decisions of the Supreme Court in the context of constitutionality control and actions that provoke the formation of binding precedent with the other organs of the Judiciary, assessing the impacts of these decisions in the scenario of discussion and dialogue between the institutions, also having the purpose of considering possible alternatives to propose possible legislative solutions regarding the legitimacy of the legitimate actors to act with the constitutional jurisdiction, such as, for example, the legitimate active ones to propose ADPF. As a problem, we propose the investigation of the unbridled use of judicial decisions through constitutional jurisdiction through the indiscriminate proliferation of principles to legitimize the implementation of fundamental rights present in the constitutional text.

Keywords: Fundamental Rights; Constitutional Jurisdiction; Federal Court of Justice; Democratic Legitimacy; Republic Powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, ATIVISMO JUDICIAL, INTERPRETAÇÃO E LIBERDADE DEMOCRÁTICA	14
2.1 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ALICERCE CONSTITUCIONAL	14
2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO	21
2.3 ATIVISMO JUDICIAL ASPECTOS GERAIS	25
2.4 DOS SISTEMAS DA <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> EM BREVE RELATO	28
2.5 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E BREVE COMPARATIVO COM O AMERICANO.....	32
2.6 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA E A LIBERDADE DEMOCRÁTICA	41
3 O EMBATE INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA.....	47
3.1 A VISÃO DETURPADA E MIDIÁTICA DAS DECISÕES TOMADAS PELO STF- DISCURSO DE ÓDIO INSTITUCIONAL.....	49
3.2 DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS E A PEC 08/2021.....	52
3.3 A INTERVENÇÃO INCONSTITUCIONAL DOS PODERES MAJORITÁRIOS DA REPÚBLICA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO	59
4 A ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF E OS INSTITUTOS LEGITIMADORES.....	65
4.1 O COMPORTAMENTO DO STF FRENTE AOS DEMAIS PODERES REPUBLICANOS.....	65
4.2 STF: ARBITRO DAS TENSÕES EXISTENTES ENTRE OS DEMAIS PODERES OU PROTAGONISTA LEGITIMADOR DAS PRÓPRIAS TENSÕES.....	70

4.3 INSTITUTOS JURÍDICOS UTILIZADOS COMO FITO LEGITIMADOR	74
4.4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	81
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	93
REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho dissertativo se debruça na construção do debate que possui como cerne da questão, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais. Objetiva-se com o constructo desta pesquisa, realizar uma análise sobre os meios pelos quais ocorre a legitimação democrática nas normas que compõem o instrumento máximo de poder do povo, e que o protege – a Constituição -, bem como essa legitimação proporciona a concretização dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988.

Esta pesquisa de cunho analítico descritivo se desenvolve a partir das perspectivas da literatura internacional e nacional, trazendo à luz do debate as linhas defendidas por cânones da jurisprudência e que guiam ao entendimento das questões concernentes a concretude dos Direitos Fundamentais no Brasil, desde a implementação da Constituição Federal de 1988, sob uma ótica neoconstitucionalista.

Destarte, esse trabalho se desenvolve em três capítulos principais que são destrinchados a partir de seus subtópicos. Nesse sentido, o primeiro capítulo, intitulado Direitos Fundamentais, Ativismo Judicial, Interpretação e Liberdade Democrática versam sobre o tema trazendo aspectos gerais dos Direitos Fundamentais e como estes são constitucionalmente alicerçados. Além disso, traz o conceito de neoconstitucionalismo e quais tipos de linhas de interpretação são as principais utilizadas pelos intérpretes da lei, a fim de que seja mantido o princípio da constitucionalidade.

Também serão abordados os aspectos gerais do Ativismo Judicial, prática que tem sido debatida desde a segunda metade do século precedente, com vistas a como tal método influi na violação da legitimidade do que é ou não constitucional. Diante dessa ótica, são apresentados os aspectos históricos dos sistemas jurídicos mais adotados pelas nações ocidentais, a saber, o *Common Law* e o *Civil Law*, e, partir do conhecimento do desenvolvimento de ambos sistemas, será abordado como ocorre o processo de Ativismo Judicial no Brasil e quais suas semelhanças e divergências com essa prática quando realizada pelo sistema adotado pelos Estados Unidos.

Em seguida, realiza-se uma leitura analítica sobre a questão da interpretação da norma e a liberdade democrática, considerando as práticas de Ativismo Judicial na Democracia Brasileira, e como as linhas de interpretação da norma pode suprimir a liberdade democrática, distanciando o povo do poder que dele é emanado.

No terceiro capítulo intitulado O embate institucional entre os Poderes da República, trata de trazer à luz a importância da compreensão acerca das funções compelidas a cada um dos Poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e explana como a visão deturpada e midiática das decisões tomadas pelas cortes brasileiras, principalmente as do Supremo Tribunal Federal - STF, podem gerar uma gama de desinformação, inverdades, *fake News* e discurso de ódio às instituições, o que promove o estado de vulneração do Estado Democrático de Direito.

Ainda nessa seara, o capítulo terceiro deste trabalho aborda a questão inerente às decisões monocráticas do STF e a reação do Legislativo com a implementação da Proposta de Emenda a Constituição 08/2021, a qual limita a ação monocrática dos Ministros das Cortes Superiores, principalmente do Supremo e exige a celebração de colegiados para a discussão de temas específicos, o que configurou uma intervenção inconstitucional dos poderes majoritários da República Brasileira sobre a atuação do Supremo em determinadas questões consideradas sensíveis e contramajoritárias.

No que tange ao capítulo quatro, intitulado A atuação contramajoritária do STF e os Institutos Legitimadores, buscou-se abordar o comportamento do Supremo frente aos demais Poderes Republicanos, e sobre quais vigas constitucionais essa relação tem sido entre Poderes tem sido sustentada, em que pese a imutável garantia dos direitos fundamentais impetrada no instrumento constitucional. Doravante essa abordagem, são frisadas as ações realizadas pelo STF quando este se porta como árbitro das tensões existentes entre os Poderes Executivo e Legislativo, bem como quando o STF se porta como legitimador das questões intrínsecas ao seu âmbito principalmente para efetivação das garantias e dos Direitos Fundamentais.

Dando continuidade às abordagens atinentes ao quarto capítulo, é realizada a abordagem relativa aos Institutos Jurídicos que são utilizados como fitos legitimadores, e, por fim, é abordada a questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e como é

possível que esta liberdade concretize os direitos fundamentais propostos como garantias pela Constituição, mas, que carece de instrumentos e intérpretes da lei que façam com que essa garantia seja efetivamente alcançada por todos os cidadãos, fazendo valer uma Lei para todos, de maneira que funcione de forma equitativa, considerando as diversas realidades e contextos sociais e jurídicos que, com efeito, ocorrem na nossa democracia. Contudo, o trabalho ainda reitera a necessidade em se atentar ao fato de que, embora a Lei possa e deva ser observada de forma construtiva, e a interpretação das normas deva abranger as perspectivas sobre o ‘ser’ em relação ao ‘dever-ser’, o intérprete jurídico deve manter-se fiel à Constituição, tal qual seu guardião, que deve submergir nas profundas águas das garantias constitucionais dos deveres fundamentais do cidadão.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, ATIVISMO JUDICIAL, INTERPRETAÇÃO E LIBERDADE DEMOCRÁTICA

A premissa base do nosso estudo se sedimenta a partir do Neoconstitucionalismo, dos Direitos fundamentais e da Constitucionalização dos Direitos, com o fito de entender a efetivação da Constituição atual, como os seus aspectos procedimentais, na busca de respostas para justificar as atuações da nossa Corte Superior e questionar se realmente tais atuações seriam legítimas, desde os primórdios.

Destarte, realizar-se-á uma abordagem sobre a temática do Ativismo Judicial, seus aspectos gerais, a sua aplicação cada vez mais constante no Brasil, passando-se por um breve comparativo com o sistema Americano, o sistema da *Common Law* e da *Civil Law*, suas peculiaridades e as afetações no tocante ao Sistema dos Freios e contrapesos atrelados à democracia brasileira, a qual é, ainda, vulnerável, bem como as incertezas jurídicas que podem ocasionar, e em que pontos a liberdade democrática estaria sendo posta em condição de vulnerabilidade.

2.1 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ALICERCE CONSTITUCIONAL

Sarlet (2006) menciona que “do antigo testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus”, sendo, portanto, direitos inerentes ao ser humano e de proteção obrigatória pelo Estado.

A noção de direitos do homem é tão antiga, quanto à própria sociedade. Veja bem: não está se falando de direitos positivados, mas de valores ligados à dignidade da pessoa humana que existem pelo simples fato de o homem ser homem, porquanto, a concepção de direitos

protegidos por princípios substantivos passou a ser devidamente positivada, tendo protagonismo o da dignidade da pessoa humana, após a Segunda Grande Guerra (Marmelstein, 2018).

Fundamentando-se nisso, Bonavides (2017) destaca os critérios formais de caracterização relativos aos direitos fundamentais, estabelecidos por Carl Schmitt, em que o primeiro critério versa acerca dos direitos fundamentais, sendo estes, todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional; e o segundo, de mesma importância que o anterior, afirma que os direitos fundamentais são os que receberam do instrumento constitucional o mais elevado grau de garantia e segurança, sendo os mesmos considerados imutáveis (*unabänderliche*) ou de difícil alteração (*erschwert*), dada exceção de alteração sob construção de lei de emenda à Constituição.

Nessa concepção os direitos fundamentais ganham uma elevação muito maior que uma simples lei, pois se tornam a base da normatividade de uma sociedade democrática, passando-se a uma garantia devidamente estabelecida em lei e princípios, com prioridades de aplicabilidade e com respeitabilidade maior do que qualquer outra norma, assegurado inclusive na nossa Constituição Federal, principalmente no Título II que traz os direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais surgem com próprio nascimento do homem como bem assevera a concepção jusnaturalista, de modo que são pautados na própria essência, sendo muitas vezes retiradas nas idades mais antigas, em contraponto à corrente juspositivista que tem em seu sentido justificar o entendimento de que o direito passa a existir com a positivação normativa, para a qual os direitos fundamentais nascem com o homem, porém passam a se consolidar com o tempo através da sua positivação - “*justificação*”, ou seja, começa a ser cumprido a partir da sua normatização. Como bem afirma Bobbio:

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos que somos livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. A maior parte dessas regras já se tornaram tão habituais que não nos apercebemos mais da sua presença. Porém, se observarmos um pouco de fora, o desenvolvimento da vida de um homem por meio da atividade educadora exercida pelos seus pais, pelos seus

professores e assim por diante, nos daremos conta de que ele se desenvolve guiado por regras de conduta. (Bobbio, 2016, p. 25-26)

Nesse contexto normativo acerca dos Direitos Fundamentais em aspectos gerais, Marmelstein (2018) explica que os Direitos fundamentais passaram então por um período de evolução considerável até se chegar às gerações de direitos, que, segundo o autor, a concepção Normativa dos Direitos Fundamentais tem seu início no século XVIII, concomitante à solidificação dos alicerces do Estado Democrático de Direito, quando da criação dos mecanismos jurídicos que permitiriam à população participar de tomadas de decisões na seara política, assim como da criação de instrumentos direcionados ao controle e limitação do poder estatal.

Nesse sentido, o produto disso são os valores liberais transmutados em normas jurídicas viabilizadas à invocação diante de uma autoridade independente, podendo se manifestar, inclusive, contra o próprio Estado. Ainda segundo o autor, a partir da concepção Normativa dos Direitos Fundamentais, quase todas as constituições modernas mantiveram e mantém um capítulo específico dedicado à positivação dos direitos do homem, chamando-os literalmente de direitos fundamentais.

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade (Bonavides, 2017).

Vale ainda frisar o que bem acentua Moraes (2005) no tocante a natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais, quando diz que estes se tornam direitos constitucionais a partir de sua inserção em determinada Constituição, sendo sua aplicabilidade e eficácia dependentes do enunciado constitutivo construído, levando a considerar também as normas definidoras de direitos sociais, elencados entre os direitos fundamentais, que em regra, possuem aplicabilidade e eficácia imediatas. Entretanto, a sustentação da eficácia e aplicabilidade de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais pela Constituição Federal se faz possível devido demais mecanismos previstos que garantem sua eficiência, a exemplo do mandado de injunção e a iniciativa popular.

Necessário destacar ainda sobre a universalidade dos direitos fundamentais que segundo Bonavides (2017), a concepção de uma universalidade dos Direitos Humanos Fundamentais emerge absolutamente distinta do domo da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que, embora fundamentasse a inserção dos direitos de liberdade, - em suma, direitos civis e políticos, - para o Constitucionalismo atual, tal documento obtém a amplitude formal de positivação, entretanto, por vezes, a Declaração se apresenta com conjectura limitada, e, portanto, não universal.

Nessa perspectiva, vale ressaltar que a Nova Universalidade dos Direitos Fundamentais possui, então, um alto grau de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, ao passo que esta universalidade de direitos que é inclusiva e abrangente no que tange aos direitos de liberdade, na medida que os fortalece por meio do ensejo e dos pressupostos de sua concretização, quando da aplicação dos direitos da igualdade e da fraternidade de forma efetiva (Bonavides, 2017).

Partindo-se dessas conjecturas é de bom alvitre observar, no que diz respeito a eficácia dos Direitos Fundamentais, o que Sampaio (2013) sucinta ao mencionar que, para além do Estado, os Direitos Fundamentais são aplicáveis também aos particulares, não sendo restrito aos domínios constitucionais, abrangendo também outros subsistemas jurídicos, através de relações intersubjetivas de vetores vertical (Estado e sujeitos privados) e horizontal (sujeitos privados).

De acordo com Sampaio (2013), quando os Direitos Fundamentais têm sua aplicação sob vetor horizontal, ocorrem duas vertentes de aplicabilidade, uma com sentido forte e outra com sentido fraco. A primeira é forte porque se estabelece como um “correlato do dever jurídico e imediato de promoção dos direitos. Indivíduos, sociedade e Estado são consorciados na política de realização jusfundamental”, e, a segunda tem sentido fraco por gerar um dever geral e negativo de respeito, decorrente de uma posição subjetiva *erga omnes*, mas que possui uma eficácia externa.

A positivação Constitucional dos Direitos Fundamentais não ocorreu por acaso. Na verdade, ela é fruto, em grande medida, da constatação de que quem tem o poder tende a dele abusar, e de que o Estado, inclusive o legislador, também pratica ilícitos. Por isso, os Direitos

Fundamentais representam, de certo modo, uma desconfiança em relação ao Poder Público (Marmelstein, 2018).

Em caricata analogia, os Direitos Fundamentais seriam como aqueles frascos de remédio que são colocados nas prateleiras mais altas para ficar longe de crianças. A analogia só não é tão perfeita porque aqueles que estão em situação de poder não são crianças ingênuas, mas homens adultos e perspicazes, lutando estrategicamente por seus interesses nem sempre nobres.

Pela concepção trazida se verifica que os Direitos Fundamentais estão atrelados a garantias constitucionais de limitação de poder, ou seja, da limitação do Estado com o particular, como também o respeito à dignidade da pessoa humana, que seria o caso também do Estado atender as demandas básicas necessárias ao ser humano, além da necessidade de regular situações entre iguais. Devendo então, os direitos fundamentais, terem aplicabilidade imediata e os remédios constitucionais são exemplos de ferramentas que possibilitam que o judiciário faça valer tais direitos, tanto contra o próprio Estado, como também nas relações que envolvam direitos privados no tocante tanto as garantias trazidas na norma Constitucional como nas normas de natureza infraconstitucional.

Os Direitos Fundamentais em seu conteúdo são trazidos por Marmelstein (2018) se dirigindo aos mesmos, primeiramente, com um inegável conteúdo ético no tocante ao aspecto material, mostrando-os como valores básicos para uma vida digna em sociedade. Onde estão de maneira íntima ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder. Pois, onde existe um ambiente de opressão não há espaço para vida digna, e dessa forma, o autor reforça que a dignidade humana é, portanto, a base axiológica desses direitos, e, por fim, afirma que dignidade da pessoa humana é inerente ao simples fato de sua condição humana, onde há titularidade de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados tanto pelos seus semelhantes, como também pelo Estado.

Nesse sentido, Ferrajoli (2001) traz uma definição teórica de maneira formal na qual afirma que direitos fundamentais são aqueles subjetivos e que correspondem universalmente a todos os seres humanos dotados do estatuto de pessoa, cidadãos ou com capacidade de agir de maneira positiva ou negativa, que seria de não sofrer lesões, as quais seriam atribuídas por

uma norma legal positivada, que seria o pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autora dos atos que constituem o exercício destas. Afirma ainda que tal definição é teórica na medida em que, ainda que seja estipulada com referência a direitos fundamentais sancionados positivamente por leis e constituições nas democracias atuais, desconsiderando a circunstância fática de que nesta ou naquela, ou seja, a positivação dos direitos fundamentais é que diferencia o Estado totalitário.

Além de conteúdo ético no tocante ao aspecto material, os direitos fundamentais possuem também conteúdo normativo, que seria o conteúdo formal, não se enquadrando qualquer valor em tal categoria do ponto de vista jurídico. Juridicamente são classificados como Direitos Fundamentais aqueles que o povo, através do poder constituinte reconheceu de maneira formal como merecedores de uma proteção especial, mesmo que de maneira implícita. Ocorrendo o reconhecimento formal com a positivação, ou seja, só se considera como direitos fundamentais os valores que foram incorporados ao ordenamento jurídico constitucional de um país (Marmelstein, 2018).

Nesse sentido, ainda afirma Barroso (2018) que:

É fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados, tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. (Barroso, 2018, p. 147)

Vale frisar ainda que, os direitos fundamentais são indisponíveis como bem acentua Ferrajoli (2001) quando afirma que tais direitos estão excluídos das decisões políticas como também de mercado, pois existe uma indisponibilidade ativa, que seriam as pertinentes ao próprio titular, o qual não pode alienar tal direito, como a liberdade, o direito a voto e nem mesmo a autonomia contratual, além da indisponibilidade passiva, de não serem expropriados ou limitados por outros sujeitos, começando pelo Estado.

Afirma ainda que os direitos patrimoniais são singulares na medida em que podem ser sujeitos a alterações no âmbito do mercado, cita ainda o ordenamento jurídico Italiano, onde os bens matérias, como a propriedade pode ser retirada do cidadão pelo Estado quando

sujeitas a expropriação por utilidade. Diferente dos direitos fundamentais, os quais ninguém pode privar-se ou ser privado ou sofrer uma diminuição deles, sem com isso deixar de ser igual ou universal e, conseqüentemente, fundamental (Ferrajoli, 2001).

No que tange ao Estado Constitucional e democrático, Greco (2020) afirma que as sociedades se tornaram Estados Constitucionais (salvo exceções), uma vez que o instrumento constitucional possui encaixe firme, rígido, e, nesse sentido, a Constituição de cada sociedade só deve sofrer alterações quando submetidas de procedimento jurídico qualificado de emendas, o que imprime a autoridade do instrumento constitucional sobre o ordenamento jurídico.

Tal autoridade impressa à Constituição, emprega também a submissão das demais normas que ocorram, não devendo estas, sob nenhuma hipótese, confrontá-la, propendendo serem excluídas do ordenamento jurídico, pela via do controle de constitucionalidade, desempenhado pelo Poder Judiciário (Greco, 2020).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes (2012) fez uma observação ao citar Pieroth, como também Stern, no tocante ao âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais destacando que:

A definição do âmbito de proteção, configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental.

O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de proteção* e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses últimos direitos (limitações ou restrições = *Schranke oder eingriff*).

O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais de proteção ou de defesa cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.

Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se quiser, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*. (Mendes, 2012. p. 33-34)

Na sociedade contemporânea e após o Holocausto e com a ascensão do Neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais ganham uma elevação muito maior que uma

simples lei, pois se tornam a base da normatividade de uma sociedade democrática, passando-se a consistir em positivações Constitucionais, com prioridades de aplicabilidade do que qualquer outra norma.

Nesse sentido, Marmelstein (2018) afirma que desde a Constituição de 1988, tem havido mudanças na forma de se encarar o direito, pois o Direito Brasileiro, o qual sempre foi conservador e formalista, sempre se prevaleceu o legalismo dos códigos em detrimento dos valores da justiça e princípios constitucionais. Contudo, com a Constituição cidadã, o ordenamento jurídico tornou-se de forma nítida comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, conforme observância do artigo 3º da mesma que traça os objetivos da Nossa República. Desta forma, os profissionais do Direito também têm se transformado, tornando-se menos conservadores. Inclusive faz menção a posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pautados na proteção dos Direitos Fundamentais.

Diante da exposição inicial, observa-se que os Direitos fundamentais, para terem validade, precisam estar sedimentados de maneira formal na Constituição, como também normatizado nas legislações infraconstitucionais para que sirvam de complementação no tocante a aplicação da Norma Constitucional, pois é partindo-se dessa premissa que o Estado passa não só a se limitar na sua atuação contra a pessoa, como também de proteger direitos a elas inerentes, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e garantindo a plena aplicação das Garantias Constitucionais pertinentes a cada caso concreto de forma imediata e eficaz, pelo menos no mínimo que está contido na Norma superior.

2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a consequente subordinação da legalidade a uma Constituição rígida no último quarto do século XX, desenvolve-se o Estado Constitucional de Direito, onde a validade da lei não depende apenas da sua produção, mas da sua compatibilidade com a Constituição, ou seja, a Constituição não só passa a impor limites ao legislador, como também ao administrador, mas lhe determina também deveres de atuação. A ciência do direito, a partir deste momento, assume papel crítico e indutivo da atuação dos

poderes públicos, a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais a competência de invalidar atos legislativos e administrativos, além de interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição (Barroso, 2018).

Barroso (2018) traz a trajetória que foi percorrida pelo Direito Constitucional na Europa e no Brasil, destacando assim, três marcos fundamentais, quais sejam: o Histórico, o Teórico e o Filosófico. No primeiro trata-se da influência do Constitucionalismo do Pós-Guerra, da redemocratização do Brasil e a Constituição de 1988; já no segundo, são elencadas a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, e, também o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação; e o terceiro, estaria marcado pelo Pós-positivismo, o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, e a reaproximação entre Direito e Ética.

Neste sentido, Barroso (2005) afirma ainda que ao logo do século XX ocorreu a atribuição do *status* de norma jurídica ao que antes era a norma constitucional, gerando uma ruptura de paradigma, em que o modelo constitucional era costumaz na Europa, e que se mostrava a Constituição como um documento de molde político, voltado, portanto, aos Poderes Públicos. Nesse modelo de norma constitucional, diferente da norma jurídica, as letras da Constituição estavam submissas à interpretação, liberdade de conformação ou mesmo, como bem diz Barroso, à discricionariedade do administrador, eximindo o Poder Judiciário de qualquer ação na construção constitucional.

No conceito atual, diferente do que aparenta, com as posições acima elencadas, não se exclui o direito positivo, mas para o operador do direito, a norma deixa de ser neutra, passando a conter forte ideologia, de modo que princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia de vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica. A observância desses princípios não seria meramente facultativa, mas tão obrigatória quanto à observância das regras/leis. Sendo ainda o mais importante que essas só teriam validade se estiverem em conformidade com as diretrizes traçadas nos princípios, já que estes fundamentam e legitimam o ordenamento jurídico (Marmelstein, 2018).

Nesta vertente os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, ampliam a atuação do governo do povo para o povo, como afirma Cambi (2008):

Como consequência direta da insuficiência do conceito formal de democracia, ocorre à cisão entre o Direito e a lei. Esta, quando injusta, ou melhor, quando contraria os *standards* de justiça previstos pela Constituição, é um não-Direito. Assim, a democracia, em sentido *material*, deixa de ser somente um governo *do* povo para ser um governo *para* o povo. Para isto, a Constituição Federal de 1988 elege certos *conteúdos* mínimos, sem os quais não há Estado *Democrático* de Direito, enaltecendo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político. Em síntese, não há democracia, em sentido *substancial*, sem a efetivação dos direitos fundamentais. (Cambi, 2008, p. 102)

Pelas premissas acima expostas é de suma importância trazer a diferenciação que Bernardo Gonçalves Fernandes (2018) faz entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, afirmando que apesar de existir convergências, não devem ser tratados como sinônimos, pois o primeiro pretende ser uma teoria geral do direito aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, cujo aspecto distintivo consiste na defesa de uma conexão necessária entre o direito e a moral, já o neoconstitucionalismo propõe uma teoria específica de organização jurídico-política (*constitucionalismo contemporâneo*) característico de determinados tipos de Estado (*Estado Constitucional Democrático*), no qual, a incorporação de um extensivo rol de valores morais pelo direito, sobretudo por meio dos princípios constitucionais, inviabiliza qualquer tentativa de separação entre os valores éticos e o conteúdo jurídico.

Neste processo de reconhecimento do Constitucionalismo contemporâneo e o Estado Constitucional de Direito a interpretação da Constituição torna-se uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral) (Barroso, 2005).

Quando o Julgador se depara com lacunas na lei, o mesmo não pode produzir normas *livremente*. Qualquer interprete, assim como todo juiz, estará sempre vinculado aos textos normativos. Apesar da existência de aberturas nos textos para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, ela não é absoluta. Qualquer intérprete estará de forma permanente atado a norma positivada e o rompimento por parte do interprete resulta em uma subversão do texto (Grau, 2021).

Barroso (2018) afirma que a interpretação constitucional consistiria em determinar o sentido e o alcance da norma constante da constituição e a sua aplicação. Em qualquer operação de concretização do direito haverá aplicação da Constituição de forma direta ou indireta. Direta quando se funda em dispositivos Constitucionais; e indireta quando se baseia em uma norma infraconstitucional, pois neste caso a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma que será aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2018) versa ainda sobre a importância da questão da separação dos poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais, trabalhadas pelo plano da justificação política. Barroso ressalta que faz parte do campo da justificação política que ocorrem as buscas por resoluções das tensões desenvolvidas diversas searas entre o processo político e a interpretação Constitucional, sobretudo, tais tensões ocorrem, quando da invalidação de atos dos poderes Legislativo e Executivo, - de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais -, por parte do Poder Judiciário, podendo gerar fissuras nas relações independentes e autônomas dessas instituições.

Cabe aqui ressaltar que, diante de situações como estas, se faz prudente abordar as discussões no que tange ao ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial e legislativa, bem como sobre populismo constitucional, dificuldade contramajoritária e soberania popular (Barroso, 2018).

Destarte, foi por meio da Constituição de 1988, a qual nasceu com a redemocratização do país, que a forma de encarar o direito foi modificada, tornando-se de forma nítida comprometida com os direitos e garantias fundamentais, com a mudança social, conforme se

observa nos artigos 3º e 5º da mesma, que traça os objetivos da nossa República e resguarda Direitos e Garantias Fundamentais respectivamente, acabando com o engessamento de antes, onde o que se valia era o Direito única e exclusivamente positivado.

Hoje a forma de interpretação do mesmo deve ter consenso entre a norma, com os princípios e fundamentos que norteiam o Estado Democrático de Direito, que são resguardados na Constituição, porém questiona-se até onde o judiciário deve ir para agir de maneira tal, que não venha interferir na forma de atuação dos demais Poderes.

2.3 ATIVISMO JUDICIAL ASPECTOS GERAIS

Para adentrarmos na seara do Ativismo Judicial é necessário trazer à tona a questão que permeia os grandes juristas da atualidade, que é o conflito entre os Poderes e o que, de fato, é legislar. O Ativismo Judicial ocorre quando o Poder Judiciário confronta, por meio de sua autonomia, os Poderes Legislativo e Executivo, compelindo, como diz Ramos (2010), “o exercício da jurisdição como desbordante de seus limites institucionais”, gerando assim, por parte dos poderes confrontados, a perspectiva que o Poder Judiciário, como confrontador, baseia seus feitos em decisões autocráticas, e por assim dizer, monocráticas (Bobbio, 2020).

Nesse sentido, Abboud (2022) conceitua o Ativismo Judicial como a atuação dos juízes de modo desvinculado da Constituição Federal e das leis, favorecendo seu parecer de seus vieses políticos, ideológicos, culturais, religiosos, entre outros. Entretanto, vale ressaltar a ilegalidade e inconstitucionalidade de ações judiciais que se eximam do instrumento constitucional e das leis em si, voltando à questão supracitada no parágrafo anterior sobre o que é legislar e ações baseadas em decisões autocráticas que esfacela as leis que normatizam o Estado Democrático de Direito.

Na visão legalista de Bobbio (2020) em um Estado Democrático a lei faz as regras e estas devem ser respeitadas, caso contrário haveria uma degeneração. Porém, no Brasil existem diversos precedentes ativistas, como afirma Barroso (2018), ao elencar algumas posturas do Supremo Tribunal Federal - STF, manifestadas por diversas linhas de decisão,

onde a Constituição em situações não expressas em seu texto e independente do legislador ordinário, além de casos de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislativo, como também imposições de condutas ou abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador, como também nos casos de políticas públicas insuficientes. Distanciando assim, os Juízes e Tribunais das suas funções típicas, assemelhando-se a função de criação do próprio Direito.

Como bem afirma Grau (2021), “O Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um *produtor de insegurança*”. Nesse mesmo sentido o autor ainda traz a seguinte indagação- “Quem produz a norma jurídica? O Legislativo ou o Judiciário? - e duas dimensões do fenômeno jurídico são apartadas: a dimensão legislativa e a dimensão normativa”. Afirmar ainda que a interpretação deva ser prudente, de maneira que a decisão que o juiz deve tomar, em sua consciência, que como bem acentua *deve* e não que *pode*. Acaba sendo complexo, até porque cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, porém nenhuma exata.

Nesse sentido, no tocante ao Ativismo Judicial afirma ainda Streck (2017):

É norma porque, no direito “Auschwitz nunca mais”, a democracia só se faz no direito e pelo direito. Política e moral (principalmente estes dois predadores) devem ser controlados. Caso contrário o direito se transforma em política ou moral. Simples: Se não há controle sobre a política, então não há mais direito. Quem acha que vale, excepcionalmente, dar um drible no direito, está dizendo que política e moral valem mais do que o direito. (STRECK, 2017, p. 223).

Dito isso, é fato que o Ativismo Judicial é como prado para a deliberação política e o dissenso, sobretudo, porque o juiz que que o aciona, pratica política em sua decisão judicial, e, é por essa razão que esta é uma prática que tem sido procurada cada vez mais com maior frequência, porque é por meio da prática do Ativismo Judicial que o juiz que o aciona faz prevalecer os seus vieses de forma deliberada, se distanciando dos procedimentos democráticos. E, vale frisar que a submissão das Cortes aos instrumentos legislativos, normativos e constitucionais não implica na supressão de sua autonomia (Abboud, 2022).

Desta forma, é fato que uma decisão judicial democrática se dá pelo cerne do diálogo, em que pese a “democracia como o domínio das leis, um Tribunal como um agente dessa democracia e o julgador como um servidor obediente, porém pensante, das leis promulgadas

constitucionalmente” (Rüthers, 2018). Quando o autor se refere ao termo ‘pensante’, este traz à tona a questão das divergentes perspectivas interpretativas acerca de uma decisão judicial, sobretudo, àquela que seja produto de vieses quaisquer que sejam, e que impliquem em uma decisão autocrática, limitada e distante da razoabilidade do uso dos instrumentos democráticos aos quais um sujeito dentro de um Estado Democrático é assegurado.

O Ativismo Judicial pode ser observado em duas dimensões, a saber: a micro - decisória; e a macro/estrutural. A primeira refere-se à supressão dos instrumentos legais para determinar o caráter decisório, e, a partir disso, o juiz interpreta de acordo com sua subjetividade pessoal, e não de acordo com as leis que devem considerar a subjetividade de cada caso de forma independente e, relativamente, imparcial; ao passo que a segunda compreende a juristocracia, quando todo o Poder Judiciário se destaca em suas decisões em razão desproporcional aos demais Poderes (Rüthers, 2018; Abboud, 2022).

Partindo desses pressupostos, cabe aqui elencar uma ponderação entre princípios e normas que são trazidos da seguinte forma por Grau:

(...) a chamada ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da *norma de decisão*, não no quadro, anterior a este, de produção da(s) norma(s) jurídica(s) pelo intérprete. A doutrina não tem examinado adequadamente este aspecto, cuja consideração é indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é, inicialmente, produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios (ponderação entre regras – insisto -em que princípios são regras) apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então é definindo a solução que a ele há de ser aplicada. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre *indiferentes jurídicos*, o exercício de *discrecionalidade*, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de *juízos de legalidade*. (Grau, 2021, p. 117)

Diante dos divergentes tipos de Ativismo Judicial, praticados por diferentes vieses que fundamentam suas interpretações jurídicas, e que são fortalecidos pelo aperfeiçoamento de tais práticas sem grandes interferências significativas, nota-se o crescente desgaste entre os Poderes Judiciário e Legislativo, marcado por insistentes ações de ambos os lados, que podem ser observadas como prerrogativas da Separação dos Poderes.

E, no que tange à Separação dos Poderes é imperativo mencionar que o produto disso será a busca incessante pelo diálogo, alicerçado nos princípios e normas subjugados às

outorgas constitucionais, para que os Poderes possam confluir de maneira autônoma e, concomitantemente harmônica (Hogg; Bushell, 1997).

Nesse sentido, deve-se considerar o fato de que o STF deve portar-se como o guardião da Constituição, e em nenhuma hipótese, como coautor desta, que compete ao Poder Legislativo. Vale ressaltar o fato de que a Constituição deve ser salvaguardada pelos Três Poderes, devendo estes, se portarem como os guardiões daquilo que fundamenta o Estado Democrático de Direito. E, então, a partir do entendimento indubitável das funções e lugares de ação e de fala, tem-se o campo para o estabelecimento de decisões assertivamente dialogadas entre ambos poderes.

Entretanto, sabe-se que, embora o diálogo institucional já ocorra entre os Poderes no Brasil, é incisivo insistir na promoção da percepção institucional da ocorrência plena desse diálogo e a contemplação dessa prática como algo que propicie a afirmação da harmonia entre os Poderes e a efetivação dos Direitos Fundamentais garantido pela Constituição (Rüthers, 2018; Abboud, 2021).

2.4 DOS SISTEMAS DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* EM BREVE RELATO

No campo jurídico, cada sociedade com *status* de nação tem seu sistema de normas e leis que embasam suas definições de justiça. Em suma, a quase totalidade dessas nações seguem os modelos dos principais métodos de justiça existentes, o *Common Law* e o *Civil Law*. Ambos métodos possuem origens e linhas diferentes, o primeiro tem sua origem na tradição anglo-americana, enquanto o segundo possui sua base alicerçada à família romano-germânica (Publishing, 2000; Brito; Oliveira, 2016).

Partindo da premissa histórica destes modelos jurídicos, o *Civil Law* surge da influência do Direito Romano, - concebido ainda na Antiguidade romana -, sobre os territórios da Europa Continental, tendo se desenvolvido e se fortalecido nas universidades e nos sistemas judiciários desses territórios, ainda na alta Idade Média e se consubstanciando junto à construção de normas, leis, códigos e constituições (Vieira, 2007).

O *Civil Law*, por vezes denominado como Direito Romano se caracteriza por um conjunto de dispositivos que o permitem guiar as interações civis entre indivíduos ou instituições. Assim, suas características são Leis Codificadas, Códigos Jurídicos, Precedentes, Ênfase na Lei Escrita, Juízes de Direito Civil, Procedimento Inquisitorial, além de operar na garantia da Segurança Jurídica (Marinoni, 2009; 2016).

A seguir, ressalta-se a importância do sistema *Civil Law* com a pormenorização das características que o compõem e suas aplicabilidades na construção desse sistema que guia o sistema jurídico em diversas, se não na maioria, das nações ocidentais, a expemplo do Brasil e demais países da América Latina.

Dentre as características do sistema *Civil Law*, podem-se destacar as Leis Codificadas, as quais possuem estatutos que descrevem e regem os princípios gerais e normas que guiam os processos civis, e abrangem divergentes searas legais como direito de família, direito a propriedade, direito contratual, obrigações e delitos. Os Códigos Jurídicos formam uma rede hierarquica de códigos, sendo o Código Civil o principal, embasando a lei civil e estabelecendo normas dos direitos e deveres do indivíduo, que devem ser aplicáveis e eficientes ao âmbito civil, de acordo com a Constituição da nação (David, 2006).

Os Precedentes não possuem a mesma autoridade que as Leis Codificadas, mas podem ser utilizados nos tribunais como fontes secundárias do direito passivas de interpretação em cada caso. No que tange à Ênfase na Lei Escrita, tal característica favorece a unidade jurídica e amortiza a discricionariedade judicial e sua subjetividade, e, é por meio da Ênfase na Lei Escrita que os Juízes de Direito Civil devem se guiar, aplicando os dispositivos legais e julgar cada caso através da interpretação da Lei em si, e, durante o julgamento, o juiz pode acionar o Procedimento Inquisitorial para coletar evidências através de interrogatório, tornando-se o juiz, uma figura ativa no processo, entretanto, mantendo-se ainda, submisso à Lei Escrita. Todas essas características formam um dileto sistema, que contempla a busca pelo alcance e manutenção da previsibilidade e da Segurança Jurídica (David, 2002; Marinoni, 2016).

No que diz respeito ao *Common Law*, sua origem está enraizada na Inglaterra, e seu termo significa “direito comum”, retratado assim pelas decisões tomadas nos Tribunais Reais

de Justiça (Tribunais de Westminster), e que submetiam de forma comum a toda Inglaterra (David, 2002; Ramires, 2010).

O *Common Law* se estabelece após a invasão normanda na Inglaterra, que encerrou o tribalismo social e o direito popular anglo-saxão, - caracterizado por ser fragmentado-, a partir daí, se inicia um novo período na Inglaterra, com novos sistemas político-administrativo e econômico com a afirmação do feudalismo (David, 2006; Porto, 2006).

As características do modelo *Common Law* se debruçam na Flexibilidade e Adaptabilidade, Precedência Legal, Procedimento Contraditório, Discricionariedade Judicial, Interpretação Judicial, Desenvolvimento da Jurisprudência e Precedente e *Stare Decisis*.

A Flexibilidade e Adaptabilidade são características contundentes do sistema *Common Law*, sobretudo por permitir que os juízes possam interpretar e elucidar cada caso conforme suas evoluções, seguindo o norte da Lei. A Precedência Legal opera na estabilização do sistema, quando os tribunais acabam seguindo os precedentes dos tribunais superiores, orientando as decisões jurídicas por meio da previsibilidade da lei. O Procedimento Contraditório é uma característica cuja mesma permite que as partes de um processo possam argumentar e trazer evidências, submissas a um juiz ou a um júri que representa o povo, mas que devem avaliar e julgar as evidências e argumentos de defesa ou de acusação de forma imparcial (Porto, 2006; Crocetti e Drummond, 2010).

Sobre a Discricionariedade Judicial, diferente da *Civil Law*, a *Common Law* permite que o juiz se prevaleça da discricionariedade durante a interpretação e aplicação da lei, além de conceder autonomia ao juiz para realizar análises sobre os fatos e sobre as argumentações das partes, para, a partir disso, realizar a aplicação dos princípios jurídicos na tomada de decisão sentencial ou não, e, sendo assim, podendo o juiz interpretar e aplicar a lei de maneiras diferentes para cada caso. Com relação à Interpretação Judicial, o sistema *Common Law* tem na figura do juiz grande relevância na medida que este realize a interpretação estatutária e desenvolva a jurisprudência dentro dos princípios jurídicos (David, 2006; Crocetti e Drummond, 2010).

No que tange ao Desenvolvimento da Jurisprudência, esta ocorre a partir da interação entre a interpretação e aplicação das leis nos tribunais e o fortalecimento dos princípios jurídicos e a criação de precedentes, em que os juízes lidam com cada caso diante das transformações sociais e adaptam as leis diante das mudanças de valores que se apresentam naturalmente na sociedade (Crocetti e Drummond, 2010).

A criação de um Precedente Jurídico se dá a partir da interpretação do juiz acerca de determinado caso, considerando as circunstâncias sociais, culturais, políticas e econômicas de determinado período, e quando um tribunal realiza um julgamento, este se torna um precedente que poderá guiar demais casos que se assemelhem ao julgado. Nesse sentido, ocorre o *Stare Decisis* quando o tribunal se mantém firme na decisão do caso, e, vale ressaltar aqui a autoridade dos tribunais superiores em relação aos tribunais inferiores no que diz respeito aos precedentes jurídicos, devendo os inferiores se guiarem pelos precedentes que surjam nos tribunais superiores, desde que estema dentro da mesma jurisdição (Crocetti; Drummond, 2010; Sabino, 2010).

Diante do breve relato que buscou realizar uma distinção entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*, no que tange às suas origens e especificidades, cabe aqui mencionar que, o sistema jurídico brasileiro, baseado no modelo *Civil Law*, atualmente implementa uma aproximação significativa com o modelo *Common Law*, sobretudo, pela possibilidade de lançar no Brasil um sistema precedentalista, baseado no direito americano, trabalhando no aminguamento do preconceito do sistema jurídico brasileiro em relação às doutrinas do sistema *Common Law*.

De acordo com os estudos de Brito e Oliveira (2016), que corroboram com os estudos de Marinoni (2009), essa aproximação pode ser apreciada, uma vez que as ocorrências jurídicas do Direito Civil Brasileiro têm levado os seus juízes a utilizarem a criatividade para manter a celeridade do sistema, diante de inusitadas situações, que por ventura, não conseguem ser abarcadas pela constitucionalidade, tendo os juízes que aplicar características comuns às doutrinas do *Common Law*, como a flexibilidade e a adaptabilidade, o que, de certo modo, pode incorrer em um precedente jurídico dentro do sistema brasileiro, embasado no *Civil Law*.

Nesse sentido, destarte passaremos a analisar no capítulo seguinte, diante da convergência dos sistemas, a atuação do judiciário brasileiro e um breve comparativo com o Norte Americano.

2.5 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E BREVE COMPARATIVO COM O AMERICANO

A aproximação do Sistema Jurídico Brasileiro, baseado no *Civil Law* com o Sistema Jurídico Norte-Americano, baseado no modelo *Common Law* é deveras inovador, uma vez que ambos podem se complementar, ao passo que também podem se contrapor de modo a envolver debates sobre a constitucionalidade de determinadas ações que procedam dessa aproximação, pelo fato de a Constituição Brasileira seguir princípios de direitos fundamentais ao ser humano que se baseiam na observação de toda uma vivência relativa a diversos aspectos como social, político, econômico, cultural, religioso, entre outros, que formam o caráter jurídico do cidadão no âmbito brasileiro. Assim sendo, os debates devem ressaltar as individualidades, bem como as diferentes realidades e cenários que existem nesta nação e que necessitam recorrer a um olhar jurídico sistêmico que não pode ser regido por determinados vieses.

A Constituição Americana, diferente da brasileira, é uma das menores Constituições existentes, a mesma possui apenas sete artigos e em torno de 27 emendas, porém o sistema Americano é bem diverso do brasileiro devido aos Estados Unidos da América ter legislação própria para cada Estado, desde que não haja choque com a Constituição do país em tese, além da Herança do sistema Britânico da *common Law*, que como se sabe as jurisprudências e os costumes que criam as leis.

Entretanto, vale ressaltar que embora seja sucinta e, embora tenha sua origem formal ligada à Independência das 13 Colônias, a Constituição Estadunidense tem sua formação basilar em período bem anterior, como bem nos mostra Moraes (2005), quando compara as origens do Constitucionalismo Estadunidense e do Frances, diante das Revoluções que fundamentam as perspectivas sociais, políticas e econômicas da Contemporaneidade:

A origem formal do Constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e *limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*. [...] “o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental orders of Connecticut* de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados. (Moraes, 2005, p. 01)

Adiante do processo do Constitucionalismo Estadunidense, o que se tem é uma formação que se fundamenta em uma realidade que deriva da colonização anglo-saxônica, e, nessa perspectiva, vai desenvolver seu código jurídico embasado na configuração proeminente do *Common Law*, se adaptando às conjecturas sociais, políticas e econômicas que se apresentavam na evolução histórica da nação estadunidense (Simpson, 1987; 1998). Essa adaptação contava - e ainda conta- com a não distinção entre soluções acordadas no direito e soluções racionais, devido ao fato de não ocasionalmente a lei ser considerada como a própria razão (Simpson, 1987; Berman, 1994; Postema, 2003; 2003).

Dessa forma, é propício aqui evidenciar que o *Common Law* era então compreendido como um efeito de expressividade da razão, mas, que não necessariamente tal sistema estaria reduzido à razão, porque a interpretação das conjecturas diante de uma recorrente leitura e prática de ‘raciocínios e reflexões específicas, típicas e particulares do direito’, desenvolvidas pelos próprios *common lawyers*, iam modelando o formato cujo sistema *common law* estadunidense foi sendo construído (Postema, 2002; 2003; Morbach, 2021). Nessa perspectiva, Morbach (2021) complementa ao dizer que o *Common Law* era visto pela teoria clássica também como a *expressão natural do bem comum e da razão humana*”.

Já no tocante ao sistema positivo da Civil Law trata-se de um modelo distinto que sai da esfera do costume para o Direito Positivado, neste sentido, Morbach faz à seguinte afirmação na distinção da Law of Nature e da Civil Law:

Tudo isso, até aqui, parece bastante tranquilo. Aquilo a que Hobbes chama de “lei natural” são axiomas lógico-rationais que se deduzem a partir da natureza humana, e, dada concepção hobbesiana acerca dessa natureza, essas proposições tinham um caráter de conselho: “obedeça, de forma tal que é apenas lógico que o respeito a este axioma seja também um respeito ao seu

próprio extinto de autopreservação”. Esses conselhos só podem ser considerados regras uma vez que estabelecidos por aquele que detém a autoridade para tal. (Morbach, 2021, p. 70)

Em suma, no sistema da família romano-germânica, elaborada, como se viu, a partir da revisão do Direito Romano e que dá base ao sistema da *Civil Law*, o que se tem é a prevalência da lei, como fonte direta do direito, havendo, também, entendimento de que o costume ocuparia a mesma posição. Já a doutrina e a jurisprudência, como fontes indiretas, são colocadas em posições secundárias, havendo, além disso, a tentativa de se atribuir às ditas fontes a característica de generalidade. A última delas –a jurisprudência– é, na grande maioria das vezes, mera fonte persuasiva do direito. E, por último, o ensino do direito não dá ênfase à solução do caso concreto, mas antes, tenta conduzir o estudante a buscar, com base na filosofia, na psicologia e na sociologia, a subsunção do fato à norma, para tentar resolver o caso concreto (Brito e Oliveira, 2008).

Diante disso, é fundamental ter-se a compreensão do que de fato é o positivismo jurídico. Com base em autores tradicionais – autores que aderem e outros que se opõem as teses positivistas – vimos que, em seu sentido mais amplo, o positivismo é a aceção fundamental segundo a qual o direito como ele deveria ser é diferente do direito tal como ele é, de modo que não é necessariamente verdade que o direito vai sempre satisfazer a eventuais exigências substantivas de justiça e moralidade. Há diferentes teses da separabilidade, na medida em que essa premissa fundamental vai se materializar em diferentes dimensões e em diferentes pontos de alegada intersecção entre as esferas do direito e da moralidade; mesmo assim, a separação entre o *is* e *ought* é um ponto fundamental (Morbach, 2021).

Norbert Bobbio, seguidor do positivismo continental define o positivismo jurídico a partir da apresentação de sete destaques que podem ser observados, inclusive, como problemáticas de características fundamentais, do que ele denomina como doutrina juspositivista. A saber, tais características enumeradas que definem a doutrina, são assim por ele dispostas:

Primeira, o juspositivismo considera o Direito como um fato, não podendo este ser tratado como valor; Nessa visão, a segunda premissa é que a doutrina deve considerar que o Direito vigora em determinado lugar afirmando-se através da imposição da coação; A característica precedente fortalece a terceira premissa, cuja mesma diz que por meio da vigência do

Direito por meio da coação, atribui-se à legislação como fonte preeminente do Direito; Diante dessas premissas, a quarta característica apontada por Bobbio define a doutrina juspositivista como teoria imperativista na qual o Direito se firma na junção de comandos imperativos, que ao serem rigidamente estruturados realizam a concepção do ordenamento jurídico; O ordenamento jurídico completo e lapidado em coerência é a quinta enumeração do juspositivismo, segundo o autor; A interpretação mecanizada do ordenamento jurídico pelo juiz enumera a sexta característica; E, por fim a sétima característica que define o juspositivismo na visão de Bobbio é a teoria da obediência absoluta da lei enquanto lei, o que reafirma a imposição imperativa da interpretação mecânica do ordenamento jurídico (Bobbio, 1995).

Bobbio define também a doutrina jusnaturalista, ainda destacando a contraposição desta em relação ao juspositivismo por ele caracterizado. Em suas palavras, o jusnaturalismo:

Teoria dos direitos naturais (Jusnaturalismo). Essa teoria prega que existem direitos que são próprios da natureza humana. Esses são inalienáveis, incompressíveis e preexistentes à criação do Estado. Ao estado cabia somente reconhecê-los e garanti-los.

Teoria da separação dos poderes. Defende que a forma mais eficiente de limitar o poder é quebrá-lo. Não se deve concentrá-lo nas mãos de uma só pessoa, mas sim em várias delas, fazendo que cada um tenha parte do poder estatal e seja responsável por diferentes funções. Advoga ainda que esses órgãos devam se controlar de forma recíproca e assim impedindo que ocorra abuso do poder que a eles (órgãos) fora confiado. Daí o surgimento do “Estado Constitucional”, esse em que os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição que podem controlar-se reciprocamente.

Teoria da soberania popular ou democracia. A participação de todos os cidadãos concorre para que seja alcançada a limitação do poder. Dizia Rousseau, se o poder estatal pertence a todos, não pertencerá totalmente a ninguém. (Bobbio, 1984, p.15)

Dessa forma, têm-se duas doutrinas manifestadas em solos divergentes e que regem sistemas jurídicos como o Civil Law e o Common Law, em que a doutrina juspositivista considera o Direito como seguidor da lei em si, preservando as leis impostas - dentro de um âmbito empírico baseado na construção cultural de cada sociedade -, bem como a existência de leis formais e a conservação do ordenamento jurídico de forma salutar; enquanto que a doutrina jusnaturalista considera o Direito como um conjunto de valores resultantes de ideais, e se baseia em leis superiores e na ocorrência de leis naturais que podem fundamentar precedentes.

Cabe aqui ressaltar uma significativa problemática a ser destacada sobre o positivismo jurídico é o fato de imperar a imposição por parte do poder judiciário, o qual apresenta-se

como detentor da lei, o que gera contraposições em relação aos poderes legislativo e judiciário. É fato que, embora cada poder deva ter sua autonomia em suas respectivas instâncias, ocorre um conflito, por assim dizer, em relação às ações de cada poder relativas às leis e os princípios fundamentais que regem determinada Constituição, tal como tem ocorrido no cenário brasileiro, onde os três poderes da República debatem entre si no que tange à constitucionalidade de determinadas práticas e tomadas de decisões.

Montesquieu já decorria a respeito dessa problemática, ao dizer que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (Montesquieu, 1999)

Bonsaglia (2017) traz também ao cerne da questão que a moralidade política deve ser alicerçada a sentimentos intrínsecos ao coração humano, onde se permeiam os princípios fundamentais do direito de punir, pois, nesta perspectiva do autor, a lei que se constrói no solo do coração do homem tende a vigorar, e, “assim, a menor força, continuamente aplicada, destrói por fim um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento”.

Dessa forma, como bem acentuado por Montesquieu no supracitado, a tripartição dos poderes é necessária para que um Estado não seja governado pela tirania, mas sim que cada um dos poderes, possa de forma democrática atuar sem extrapolação da sua competência, não invadindo um na esfera de atuação do outro, porém cada país tem sua forma de atuação, uns utilizam-se mais dos costumes e fazem deles suas leis, outros já de agem de forma mais positivada, obedecendo estritamente o que está na sua norma de forma escrita, porém com a existência do Estado Democrático de Direito algumas regras passam a ser relativizadas.

Historicamente o primeiro caso de Ativismo Judicial nos Estados Unidos se deu com o caso *Marbury x Madison* no ano de 1803, onde existiu uma manobra com o fito de preservar a influência do Partido Federalista nos estados, com a ocupação de cargos estratégicos no judiciário. Quanto a nomeação de Marbury como juiz de paz no Distrito de Columbia, o secretário de justiça de Adams, John Marshall, não conseguiu emitir o diploma de nomeação, acabando então Marbury impetrando uma ação judicial na Suprema Corte, pedindo então a sua nomeação, a qual James Madison, secretário de estado de Thomas Jefferson, se recusava a fazer (Carnio, 2022).

Nesse contexto, Bonsaglia afirma que a Constituição dos Estados Unidos é fortalecida pela doutrina da separação dos poderes e emparelhada por um sistema de freios e contrapesos, definindo a função de cada poder em que ao Congresso cabe a incumbência da legislatura, legislar, enquanto que ao Executivo a incumbência devida é a de sancionar ou vetar os projetos legislativos que são aprovados pelos congressistas, muito embora, muitas vezes o Congresso possa derrocar os vetos por meio de um quórum especial. Com relação ao Judiciário, este pode anular leis aprovadas pelo Congresso que confrontem os princípios fundamentais da Constituição. Esse sistema de freios e contrapesos permite, contudo, que a relação entre os poderes ocorra de forma condescendente, quando, por exemplo, o Chefe do Executivo indica e nomeia os ministros da Suprema Corte, que por sua vez carecem de aprovação do Congresso, bem como o Chefe do Executivo pode sofrer impeachment pelo Congresso (Bonsaglia, 2017).

Diante disso, percebe-se que os limites da repartição de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação. Numas a descentralização é mais acentuada, dando-se aos Estados-membros competências mais amplas, como nos Estados Unidos da América do Norte. Noutras, a área de competência da União é mais dilatada, restando reduzido campo de atuação aos Estados, como Brasil no regime da Constituição de 1967-1969, que construiu mero federalismo nominal. A Constituição de 1988 buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que tenta fazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais. As federações de formação centrípeta costumam ser mais descentralizadas e as de formação centrífuga, menos (Silva, 2018).

Do mesmo modo, também o termo *ativismo judicial* vem sendo empregado no Brasil de um modo *tabula rasa*. Note-se: nos Estados Unidos – e esta é/foi a terceira recepção equivocada –, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de 200 anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial, nos Estados Unidos, foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo) (Abboud, 2022).

O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *New Deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo de Roosevelt. As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que do resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultado da concepção pessoal de certo número de juízes e não de um *sentimento constitucional* acerca dessa problemática (Streck, 2017).

Os Tribunais, especialmente aqueles que desempenham uma função estratégica na sedimentação da interpretação da Constituição, mostram-se, cada vez com mais nitidez, como atores políticos, produzindo fortes intervenções no campo das relações interinstitucionais (tanto com injeções no âmbito do Legislativo, como com decisões que chegam ao limite da ingerência com relação ao Executivo) ou mesmo com interferências decisivas em debates públicos sobre temas comportamentais de grande apelo midiático (Trindade e Oliveira, 2017).

No Estudo do Ativismo Judicial Americano, Cross e Lindquist afirmam que a Corte Americana sofre e sofreu ataques diante do seu Ativismo, que começou e se consolidou na era da *Warren Court*, Corte esta, que ficou conhecida por decisões controversas, as quais buscavam os direitos inerentes aos réus e o papel afirmativo no tocante ao bem-estar social. Colocando-se o ativismo, muitas vezes, contra uma política de “contenção judicial” que era defendida por uma maioria conservadora que acabavam se opondo aos resultados da Corte. Afirmam ainda que quando o Tribunal se tornou conservador os liberais passaram a atacar o ativismo judicial, particularmente em conexão com as decisões de federalismo do Tribunal Rehnquist (Cross e Lindquist, 2006).

Um exemplo claro dessa ideia se verifica na Constituição estadunidense, segundo a qual prevê a *clausula de igual proteção*, mas o modo como ela foi tratada em relação à discriminação racial foi diferente em dois âmbitos históricos: até a década de 1950, vigorou a doutrina do *separados, mas iguais*, admitindo a segregação escolar como inconstitucional - ou seja, num primeiro momento, a segregação racial era um fator aceitável de discriminação e, num segundo, era inconstitucional (Streck, 2014).

Nessa perspectiva, Mark Tushnet (2007) utiliza duas vertentes para avaliar a *judicial review* (revisão judicial), a saber: a *weak judicial review* (fraca revisão judicial) e a *strong judicial review* (forte revisão judicial), Tushnet evidencia quais as vantagens e desvantagens de ambas perspectivas e a reação da democracia às duas formas de *judicial review*. O autor nos mostra em sua obra que a constitucionalidade pode ser variável de acordo com determinadas situações que se apresentam, de modo que não corresponde a um conjunto de normas que possam ser avistadas como um código binário - constitucional ou inconstitucional -, e, portanto, a maneira como tal situação é observada do ponto de vista constitucional que guiará a tomada de decisão pela adoção da weak ou da strong review. A partir desse ponto, são modificados e definidos os agentes do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo que deverão responder pelas mudanças sociais fundamentais democráticas.

Abboud (2021) comenta a perspectiva de Tushnet aplicada ao cenário brasileiro sobre *judicial review*, apontando também a conclusão de Wolf, jurista do sistema *Common Law* americano:

Da nossa parte, consideramos a atuação contramajoritária por meio da *judicial review* fundamental em uma democracia frágil igual à brasileira. Conforme já adiantamos, exercer ou não a *judicial review*, por si só, não é ato caracterizador de ativismo.

Apenas para ilustrarmos a diferença do tratamento do ativismo no *common Law* e a dimensão decisionista e *contra legem* que o ativismo atingiu no Brasil, resumimos a conclusão de Christopher Wolfe sobre o tema. O jurista americano é favorável a uma modalidade moderna de *judicial activism*, mediante a qual a *judicial review* seria utilizada para proteger direitos individuais, resguardar minorias, impulsionar reformas sociais, eliminar discriminações ilegais, bem como fulminar e atualizar leis inconstitucionais. (Abboud, 2021. p. 1492)

No caso brasileiro, em específico, o Supremo Tribunal Federal destaca-se por ostentar decisões que refletem os dois níveis de atuação descritos acima. Por certo que, também por

aqui, não se trata de um fenômeno recente. Todavia, nos últimos dois anos, com o agravamento das crises política e econômica, o recurso sistemático à intervenção judicial parece ter atingido seu paroxismo.

Com efeito, no primeiro aspecto ressaltado - de intervenções no campo das relações interinstitucionais - são dignas de nota as decisões firmadas pela Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378, que, a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de *impeachment*, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, na ADPF 347, ao reconhecer um propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário (Trindade e Oliveira, 2017).

Além desses fatores que parecem responder ao problema da paralisação política que acomete, simultaneamente, Legislativo e Executivo no Brasil, o Supremo Tribunal Federal continua a se pronunciar sobre questões que não se apresentam na superfície do discurso político, mas que, numa perspectiva mais profunda, revelam também algum tipo de relação intrincada com o Legislativo. Referimo-nos a algumas questões comportamentais que mobilizam a sociedade e que, geralmente, vem representadas politicamente pelo binômio *conservadorismo-progressivo* (Trindade e Oliveira, 2017).

Necessário ainda trazer a assertiva de Grau (2021), ao partir de sua análise sobre a perspectiva de Hans Kelsen em sua obra intitulada Teoria pura do direito (1979), assim traz Grau:

A interpretação Cognoscitiva do direito a aplicar (obtida por uma operação de conhecimento) combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva. É este *ato de vontade* (essa escolha) que peculiariza a interpretação autêntica. Ela cria *direito* tanto quando assume a forma de uma lei ou decreto, dotada de caráter geral, quanto quando, feita por um órgão aplicador do direito (um juiz), crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção.

As demais interpretações *não criam direito*. Quando os indivíduos querem observar uma norma que regule sua conduta, devem também *fazer uma escolha*. Mas essa escolha *não é autêntica*, isto é, *não cria direito*- não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica. Também a interpretação feita pela ciência jurídica é distinta daquela feita pelos órgãos jurídicos. A interpretação feita pela ciência jurídica *não é autêntica*. É pura *determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas*. “Não é criação jurídica”. (Grau, 2021. p. 55-56)

A partir disso, há duas leituras possíveis da Constituição: uma que encara os princípios como capas de sentido ou como reserva hermenêutica para resolver casos difíceis ou, ainda, como canal de ingresso da moral em determinadas situações, como sustentam, por exemplo, os adeptos do positivismo inclusivo (tese de continuidade); e a outra leitura, que considera conteúdo deontológico para os princípios (tese da descontinuidade). É também esta, como já referido, a principal indicação para a diferença entre positivismo e pós-positivismo (ou não positivismo) (Streck, 2017).

Ou seja, o Ativismo Judicial existe tanto nos países da *common Law*, quanto no Brasil que adota o sistema da *civil Law*, porém deve-se levar em conta a fragilidade da democracia brasileira ao tratarmos de ativismo judicial.

2.6 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA E A LIBERDADE DEMOCRÁTICA

No que tange ao cerne da interpretação e também da aplicação da norma, vale destacar o que diz Gadamer (1991), quando este apresenta de a interpretação e a aplicação da norma são processos que não são realizados de forma autônoma, na medida em que cada caso deverá ter seu sentido discernido através do intérprete, e essa interpretação deriva na concretização da lei, em sua efetiva aplicabilidade.

Entretanto, Marí (1991) nos diz que tais processos de interpretação e aplicação da norma se distanciam de serem opostos ou distintos, em que pese estarem frente a uma operação única, e, dessa forma, corroborando com Gadamer (1991), consubstanciando um processo unitário, no qual interpretação e aplicação se superpõem.

Nesse sentido, importa distinguir a interpretação *in concreto* da interpretação *in abstrato*, que, como bem nos mostra Grau (2021), quando informa que a interpretação *in concreto* se atém à conduta e aos fatos, premissa menor, porquanto, ação conforme ou não conforme à lei, portanto, considerada a *aplicação*; ao passo que a interpretação *in abstrato* se atém à interpretação, respeitando a premissa maior, que é a lei geral.

Diante dessa distinção, importa validar que a reflexão hermenêutica surge a partir da pré-compreensão do processo de interpretação dos textos de direito, e, nesse sentido, vale frisar que, a interpretação de um texto jurídico deve ser realizada mais de uma vez, em virtude do sentido prévio de quem o interpreta, que o faz de forma inicial baseado na expectativa de que já compreendeu todo sentido do texto a partir de uma reflexão primordial, entretanto, na medida em que estende a leitura do texto jurídico, este ganha novas perspectivas e, doravante, um novo projeto de sentido surge, enfatizando assim que possam ocorrer modificações no ato de interpretar o texto, e que, é coerente que o intérprete se distancie da arbitrariedade interpretativa (Gadamer, 1991; Hesse, 1998).

Contudo, cabe aqui evidenciar que, embora o intérprete deva se distanciar da arbitrariedade interpretativa, este não necessariamente precisa abandonar suas perspectivas e opiniões vinculadas ao sentido prévio, entretanto, pode e deve ter uma consciência formada dentro da hermenêutica baseada no princípio de alteridade ao texto de modo categórico (Grau, 2021).

A prudência na interpretação jurídica propõe que ao intérprete não cabe qualificar sua decisão interpretativa como verdadeira ou falsa, pode afirmar, contudo que hajam afirmações logicamente verdadeiras que se relacionem entre si. Assim, segundo Habermas (1992):

Na aplicação (*Anwendung*) das normas, que se faz sempre considerando o contexto, a imparcialidade do juízo não é alcançada simplesmente se nos perguntamos o que todos, naquela circunstância, poderiam querer, mas, sim, se tornarmos sob a devida conta, de modo pertinente, todos os aspectos relevantes que caracterizam a situação. Para poder decidir quais normas devemos aplicar a determinado caso - normas que podem sempre entrar em conflito entre si e que se devem dispor em ordem de importância, à luz de certos princípios -, necessitamos primeiro esclarecer se a descrição da situação é efetivamente exauriente e pertinente (*angemessen*) em relação a todos interesses afetados. (Habermas, 1992, p. 74)

Diante disso, interessa trazer à luz a distinção das ideologias de interpretação jurídica realizada por Wróblewski (1985). O primeiro dos principais tipos de ideologias interpretativas jurídicas, é voltado à estabilidade e previsibilidade, valores estáticos que propõem normas jurídicas imutáveis, é pois, o que o autor denomina por ideologia estática de interpretação jurídica, e possui seis características principais, a saber: 1- a certeza jurídica exige a imutabilidade de uma norma jurídica, salvo quando da vontade e realização do legislativo; 2 - cabe ao legislador o significado da norma jurídica; 3 - priorizam-se as metodologias sistêmica e linguística, e exclui-se a metodologia funcional; 4 - a metodologia funcional é utilizada como contexto histórico do ato legislativo - *ratio legis* do legislador histórico; 5 - a interpretação não deve, sob nenhuma hipótese, conduzir ou transformar a norma jurídica; 6 - a interpretação da norma e a ação legislativa são atividades absolutamente opostas, fundamentadas pelas doutrinas de separação dos Poderes.

Com relação ao segundo tipo de ideologia de interpretação jurídica, Wróblewski a retrata como a atividade que adapta as normas às necessidades que ocorrem e que possam surgir no âmbito da vida social. Esta ideologia se estrutura em nove características principais: 1 - vida social, ou, contexto funcional das normas jurídicas, considerando as mudanças contextuais sistêmicas e linguísticas; 2 - não existem bloqueios que possam interferir que o direito realize mudanças na vida social; 3 - a interpretação do direito deve se adaptar às necessidades da vida social; 4 - o significado da norma jurídica pode ser alterado pelo legislador, porquanto se alterem os contextos que englobam a norma jurídica; 5 - as variações dos contextos funcionais e sistêmicos exigem que ocorra a variação e adaptação na linguagem jurídica; 6 - neste tipo de ideologia, é preferível o uso da metodologia funcional; 7 - a pragmática da linguagem jurídica é privilegiada pelo método linguístico; 8 - a metodologia sistêmica privilegia a consideração das frequentes modificações das normas jurídicas, bem como também privilegia as características do sistema jurídico corrente no momento da interpretação; 9 - a interpretação jurídica é criadora *ex definitione*, de modo que as normas são determinadas durante o processo de interpretação (Wróblewski, 1985).

Outro fator relevante é o critério da vontade do legislador a qual preconiza o método clássico jurídico interpretativo, em que, muitas vezes se aproxima da ideologia estática e de caráter imutável, com a leitura e interpretação da norma jurídica tal qual o texto em si, implantado firmemente no solo constitucional, e a interpretação semântica é voltada apenas às

linhas - diz-se palavras e expressões - do texto da Constituição (Wróblewski, 1985; Bonavides, 2013; Grau, 2021).

Outrossim, a interpretação da Constituição deve, portanto, ser realizada por meio do uso semântico, considerando os aspectos do contexto histórico e social do momento ao qual ocorre a necessidade da interpretação. Nesse sentido, embora o texto em si seja único, este pode fluir dentro da interpretação realizada pelo intérprete de acordo com as influências exógenas ao texto constitucional em que pesem as características da vida social do tempo histórico. Diante disso, Hegel (2003) nos traz essa conjectura como a realidade da constituição.

Esse dinamismo de interpretação deve ser atribuído ao intérprete que irá se adaptar à leitura e compreensão do texto constitucional na medida em que se constrói a experiência em si, que embora por vezes circule no plano abstrato, em suma, o intérprete age no espectro da realidade concreta. Dessa forma, o que nos diz Bercovici (1999) é que o texto nas linhas da Constituição regulamenta o que ele denomina de ordem histórica concreta, e diante disso, o que define a Constituição é a inserção da mesma no âmbito da realidade histórica.

Devemo-nos ater também ao fato de que a norma de decisão na qual se baseará o intérprete, no ato de sua formulação, é concebida por meio da ponderação entre princípios, e somente por essa ponderação a sua concepção é possível, visto que tal ponderação entre princípios se dá no momento da tomada de decisão do intérprete. Contudo, a atribuição de diferentes pesos a cada princípio, por parte do intérprete jurídico, é considerada um exercício de discricionariedade, que, todavia, se opõe aos juízos de legalidade (Grau, 2021).

Assim, dessa forma, é válido ressaltar no que tange ao cerne da questão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que, frequentemente, têm sido mencionados no âmbito das tomadas de decisão do Supremo Tribunal Federal, o que por ora tem se configurado como transgressão do sistema jurídico. Tal transgressão se dá pelo fato de que se deve observar e analisar cada fato como um fato que se desenvolve de maneira heterogênea, singular. E, pelo fato de sua singularidade, repta o geral, o universal. Assim, nesse sentido, a transgressão ocorre posto que a universalidade se dá pelo confronto à tomada de decisão segundo a lei de forma generalizada, propondo então, a tomada de decisão considerando as singularidades de cada caso.

Cabe aqui ressaltar que, essa transgressão não é a supressão do seguimento aos princípios constitucionais, é, senão, a prática de aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade considerando a natureza de cada caso, a aplicabilidade efetiva do direito de ser, acima do “dever-ser”, e que, enfatiza a dignidade humana diante da individualidade de cada ser e dos diversos cenários de realidade social que se confabulam no âmbito do contexto histórico concreto.

Posto isso, revela-se uma questão deveras contundente, que é a da discricionariedade de forma integral, quando do intérprete se distancia da norma constitucional, visto que o juiz não deve aqui, no cenário brasileiro de jurisprudência positivista, exercer função de legislador, pelo contrário, deve-se partir da premissa Separação dos Poderes, e operar na harmoniosa manutenção dos sistemas autônomos. A independência jurídica é vinculada à obediência dos juízes à lei (Rüthers, 2005; Grau, 2021).

É de bom alvitre trazer a visão de Bobbio (2017) entre Liberalismo e Democracia:

Para quem examina essa constante dialética de liberalismo e democracia de um ponto de vista de teoria política geral, fica claro que o contraste contínuo e jamais definitivamente resolvido (ao contrário, sempre destinado a se colocar em níveis mais altos) entre as exigências dos liberais de um Estado que governe o menos possível e as exigências dos democratas de um Estado no qual o Governos esteja o mais possível nas mãos dos cidadãos, reflete o contraste entre dois modos de entender a liberdade, costumeiramente chamados de liberdade negativa e de liberdade positiva, entre os quais se dão, conforme as condições históricas, mas sobretudo, conforme a posição que cada um ocupa na sociedade, juízos de valor opostos: os que estão no alto preferem habitualmente a primeira, os que estão embaixo preferem habitualmente a segunda. Desde que em toda sociedade sempre existiram até agora uns e outros, o contraste benéfico entre as duas liberdades não é daqueles que podem ser resolvidos de uma vez para sempre, e as soluções por ele recebidas são às vezes soluções de compromisso. Infelizmente, tal contraste não é sempre possível: não é possível nos regimes em que, no lugar da primeira, há um poder sem limites, e, no lugar da segunda, um poder acima de qualquer controle. Mas contra um e contra outro, liberalismo e democracia se transformam por necessidade de irmãos inimigos em aliados. (Bobbio, 2017, p. 106-107)

Nesse sentido, é importante compreender que existe uma diferenciação entre a liberdade de julgar e a vontade democrática, em que vale destacar que o julgamento não pode, sob nenhum argumento quer seja este hipotético ou não, ir além da vontade do legislador. Tendo em vista, que as leis são criadas pelo Poder Legislativo, Poder este, eleito pelo povo, o

qual vocaliza seus anseios à norma, por meio de seu sufrágio democrático, e, com isso, cabe ao Judiciário o dever de atender aos anseios da sociedade - esteja ela organizada ou não, consciente ou não de seus direitos -, e, não ultrapassar, jamais, os limites legais, o que feriria diretamente e constitucionalmente a vontade democrática.

Cabe aqui ainda um breve adendo sobre o que tange à vontade democrática, pois esta exprime o que há de potencializador dos instrumentos de força da liberdade democrática, posto que esta vontade deva ser reverberada no intuito de demonstrar a relação de participação popular através das instituições constitucionais, quer sejam os Poderes Majoritários e a própria organização social, quando esta se propõe a se harmonizar, de forma autônoma junto aos Poderes com o fito de abalizar as transformações, ou, pelo menos, os destaques a serem observados e analisados na vida social, por parte dos Poderes, sobretudo, com ênfase no Judiciário.

3 O EMBATE INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA

É fato que uma quase totalidade das democracias do mundo se fundamentam, através do idealismo do Estado Moderno, na separação dos três Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, entretanto, também é fato que as últimas décadas tem revelado diversas crises e conflitos no que tange à relação dentre esses poderes, o que pode gerar instabilidades na estrutura da democracia, sobretudo, em democracias frágeis como a brasileira.

De acordo com Vale (2019), o período que precedeu a Constituição de 1988 foi conturbado por crises relativas a conflitos entre o Judiciário e o Executivo, posto que este último, na figura de seus máximos representantes, não preenchiam as vagas do Supremo Tribunal quando surgiam as ofertas de vacância, ficando assim o Tribunal desfalcado, e os ministros com maiores demandas.

Ainda segundo Vale:

A partir da Constituição de 1988, que dotou o Tribunal de maiores garantias de independência político-institucional e de autogoverno (autonomia organizativa e financeira), esses conflitos tornaram-se menos recorrentes e menos intensos, mas ainda é possível observar momentos de tensão e de embate, especialmente quando há retardamento, pelo Presidente da República, nas nomeações de novos Ministros para preenchimento das vagas decorrentes de aposentadoria, e nos casos, mais recentes, de desrespeito governamental à autonomia orçamentária do Poder Judiciário, que em alguns casos obriga o tribunal a deliberar e emitir posição institucional mais contundente sobre o tema. (Vale, 2019, p 367-368)

Desde o ano de 2013, no Brasil, a crise entre os Poderes da República tem se manifestado de forma recorrente, de modo que tal crise se fortalece na descrença e na contestação das instituições políticas e dos caminhos que regozijam a democracia constitucional (Castells, 2013; Avritzer, 2019).

Segundo Fanis Jr (2023), a crise de uma democracia constitucional se caracteriza pela perda repentina da adesão aos partidos já estabelecidos, redução do estado de confiança do povo para com as instituições democráticas e indivíduos representantes da política, o conflito entre os Poderes, além da impalpabilidade de manutenção da ordem por dispositivos democráticos não repressivos, por parte dos governos.

Nesse sentido, é válido destacar a observação de Fanis Júnior (2023):

A característica mais marcante do declínio das democracias na atualidade relaciona-se ao desrespeito a valores e princípios constitucionais, e não a golpes de Estado ou a qualquer tipo de ruptura estrutural. Apesar da natureza conflituosa da democracia, decorrente da heterogeneidade e do pluralismo cultural da sociedade, o respeito aos princípios e às normas da Constituição cria as condições jurídicas para a sua concretização e exige instituições sólidas e harmônicas para evitar arbítrios. Nesse aspecto, nota-se no Brasil uma tensão nas relações entre os Poderes em suas funções típicas e atípicas, que se manifesta no uso instrumental de mecanismos constitucionais aparentemente democráticos, ocasionando rupturas e desestruturando institutos caros à democracia, ou seja, atacando a própria *ratio essendi* do Estado. (Fanis Jr, 2023, p. 63)

Nesse sentido, a Constituição de 1988 trouxe à luz os mecanismos de controle abstrato das normas que nela constam, com um significativo sistema de fiscalização da constitucionalidade, e, inclusive, o poder do STF de combater a afasia legislativa inconstitucional sobre o Poder Legislativo.

Portanto, corroborando com Pelicoli (2007), o STF é o ponto de convergência entre os poderes Legislativo e Executivo, em que pese seu atuante poder de palavra final dos processos e que salvaguarda os princípios e direitos fundamentais determinados na Constituição de 1988.

Nesse sentido, faz-se necessária uma abordagem acerca das interferências dos Poderes uns nos outros, inclusive, neste capítulo trazemos desde a intervenção do Poder Legislativo na forma de atuação dos Tribunais Superiores, além da interlocução midiática por meio de uso de desinformação, inverdades e *fake News*, com o intuito de desacreditar as decisões judiciais das referidas Cortes, como forma de desestabilizar o próprio sistema.

3.1 A VISÃO DETURPADA E MIDIÁTICA DAS DECISÕES TOMADAS PELO STF- DISCURSO DE ÓDIO INSTITUCIONAL

Sabe-se, diante de tudo que já fora debatido, que a Separação dos Poderes é algo que está em frequente evidência, sobretudo, em virtude de crises e conflitos relativos às tomadas de decisões, principalmente pelo Judiciário, que, muitas vezes, são consideradas deliberadas por parte dos demais poderes, bem como por parte da mídia que, por vezes, tem apoio de partes específicas da população. Segundo Dallari (2007), essa disputa de poder entre Judiciário, Legislativo e Executivo é algo dinâmico que propicia a proatividade dos poderes no sentido político, desde que não seja uma disputa de acirramentos e conflitos egocêntricos.

Ocorre que, reiteradas vezes as tomadas de decisões jurídicas por parte do STF têm sido alvo do sensacionalismo midiático que impõem ao público em geral, informações deturpadas, dotadas de inverdades e *fake news* e, propensas a gatilhos de discursos de ódio de forma deliberada, gerando significativa onda de informações envoltas em inverdades e que, confundidas ao direito à liberdade de expressão, favorece a fragilização da democracia, a partir do fator de desconfiança nas instituições democráticas, com vistas em destaque para o Poder Judiciário (Ruediger, 2018).

O uso de informação contendo inverdades ou fatos deturpados, sobretudo, veiculação de notícias falsas ou *fake news*, é um fenômeno que tende a ocasionar ônus diversos a micro ou macro cenários. A manipulação da informação para gerar ônus a uma parte em detrimento de outra tem sido utilizada como estratégia de ataque e subjugação de governos e grupos sociais por parte de coalisões que visam a delimitação do poder político, econômico e militar a um grupo seletivo e restrito (Rais, 2018; Ruediger, 2018).

Diante desse cenário, há ocorrências de diversos usos de manipulação da informação e de *fake news* de determinado governo para inferir a outro em questão a figura de algoz do povo ou que almeja a finitude dos processos democráticos e afetar a dignidade da pessoa humana.

Um exemplo de como a manipulação das desinformações e veiculação de inverdades e *fake news* são extremamente danosas para as instituições democráticas, é o que se desenvolveu nas ações que culminaram no fatídico 08 de Janeiro de 2023, quando milhares de pessoas apoiadoras do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro, descontentes com o resultado do pleito eleitoral, a saber legítimo, que resultou na vitória do atual Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, em 2022, foram às ruas do Distrito Federal, e, invadiram as sedes dos Três Poderes da República, munidas do consumo exacerbado e desregulado da midiatização de desinformações, inverdades e *fake news*, e discursos de ódio sobre a legitimidade dos Poderes da República, sobretudo, das ações do Poder Judiciário, com destaque às decisões proferidas nos julgamentos monocráticos do STF, órgão este, que fora acusado de exercer papel ditador e exceder os limites - ainda que não houvesse - do ativismo judicial em detrimento de uma base ideológico-partidária, em que o STF estivesse, hipoteticamente, favorecendo um determinado grupo político do Planalto (Folha, 2020; Martinuzzo; Darriba, 2023).

Não obstante à invasão dos prédios, houve no ato antidemocrático, a depredação do patrimônio público em todos as edificações invadidas, configurando um ato terrorista, que além da violência patrimonial, configurou também a violência institucional, ao investir na prerrogativa de pulverizar as Instituições Democráticas, através da tentativa - diga-se frustrada – de golpe, com clamor equivocado ao fechamento das Instituições Republicanas e implementação de um governo de ordenamento e execução de base militar, o que, profundamente fere os princípios constitucionais guardados na Constituição Federal de 1988 (Moraes *et al.*, 2023; Santos, 2023; Schlee, 2023).

O fatídico 08 de Janeiro de 2023, fica marcado na História Brasileira, como um fato baseado na organização social envolta num arcabouço fantasioso de desinformação, inverdades e *fake news*, que provou ser extremamente periculoso para o Estado Democrático de Direito, uma vez que mostrou a desconfiança e descrença de parte da população consciente ou inconsciente de seus Direitos Fundamentais, que a fez desejar se eximir desses Direitos em prol de uma vantagem falaciosa, em que estariam, não somente os infratores dos atos de invasão, dos pedidos de intervenção militar e dos atos terroristas do infausto evento, mas também toda uma diversa gama populacional, que seria aplacada pela perda de liberdades e direitos, estando, portanto, todos sujeitos à destruição do Estado Democrático de Direito e

todos os seus aparatos, que, implementados pelos Poderes da República, têm por missão garantir o estabelecimento da frágil e recente Democracia Brasileira, através da perpetuação ilibada da Constituição Federal de 1988 e das Garantias dos Direitos Fundamentais do cidadão brasileiro (Moraes *et al.*, 2023; Schlee, 2023).

O grande debate envolto nas questões referentes às manifestações do discurso de ódio é a normalização destas em detrimento do direito à liberdade de expressão, o que sempre torna o tema emblematicamente polêmico e complexo, visto isso, o debate requer muita reflexão e olhar crítico que ponderem todas as subjetividades dos diversos cenários expostos (Cavalcante-Filho, 2017).

As manifestações dos discursos de ódio versus a reivindicação da liberdade de expressão se contrapõem e elevam a crise na educação superior brasileira. E, nesse sentido, Hannah Arendt (1999) já analisava essas questões atuais, porém, recorrentes, desde a metade do século XX, nos espaços de ensino superior, em que ocasionalmente, os problemas envoltos às questões das diversidades são potencialmente resolvidos com vistas preconceituosas ou tendenciosas, o que, em suma, desfavorece a parte mais vulnerável e vítima do discurso de ódio.

Diante disso, cabe a análise das disposições da banalização do mal, em que conta com que a vítima seja corriqueiramente resiliente, ao invés de se optar por uma política que trabalhe com a exterminação da intolerância cultural, racial, social que aflige as parcelas vulneráveis (Xarão, 2017).

Assim como reitera Rezer (2021):

[...] Certamente, o mal pode ser arquitetado e projetado sistematicamente com maestria e racionalidade, de forma cientificamente planejada (e creio não haver quem duvide disso). Porém, não podemos desconsiderar que a incapacidade de pensar, bem como, de se colocar no lugar do outro (alteridade), conforme sinaliza Arendt (2000), representa considerar que a maldade do mundo pode assumir formas terrivelmente normais, na qual, aquele que produz o mal, inclusive, pode imaginar estar fazendo o bem - uma complexa condição paradoxal na produção do mal, comum ao longo da história: a realização do mal em nome de um possível “bem maior” (qualquer semelhança com elementos presentes na conjuntura contemporânea brasileira não é mera coincidência). (Rezer, 2021, p. 160)

Ao analisar essa questão, pode-se destacar a necessidade eminente em se considerar o cuidado e profundidade das questões envolvidas e nas circunstâncias que um indivíduo a tentar reduzir a humanidade de outro através das manifestações dos discursos de ódio, delimitando espaços de barbárie onde deveria haver união, harmonia e maiores esforços conjuntos que visassem promover um espaço de pensamento, cultura e empatia, partindo do princípio da alteridade.

E, nessa perspectiva Rezer (2021) analisa da seguinte forma:

[...] Cabe lembrar, que constituem também objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E na mesma Constituição de 1988, o artigo Art. 5º, inciso XLI, afirma que "[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (BRASIL, 1988). Ou seja, por princípio, há travas constitucionais que permitem considerar que não temos liberdade para praticar o mal, mesmo reconhecendo a disputa sobre os limites disso, entre diferentes leituras assumidas por diferentes segmentos sociais, inclusive, presentes em muitos discursos oficiais do atual governo brasileiro. (Rezer, 2021, p. 107)

Diante disso, é possível observar que se faz imperativa a revolução no coletivo social em que pese a ética e empatia, além das responsabilidades cabíveis aos envolvidos nos processos de discursos de ódio, a saber quem o pratica e o espaço onde o evento ocorre, sobretudo, para discernimento e identificação das manifestações dos discursos de ódio do direito da liberdade de expressão como justificativa errônea e dissimulada do pensamento odioso de desumanização do ser, e a prática do Ser-menos.

3.2 DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS E A PEC 08/2021

No Brasil existe os Tribunais e Cortes Superiores, que tomam decisões em regra de maneira colegiada. Nesse aspecto, Rocha (2019), aponta que em aspectos históricos culturais, o Legislativo é prolixo pela falta de confiança do próprio constituinte nos trabalhos desenvolvidos pelos Poderes da República, mesmo após a sua promulgação. Aponta ainda, que a nossa Constituição, apesar de possuir uma configuração rígida, com processo legislativo

qualificado, os dispositivos teriam maior proteção de iniciativas casuísticas dos legisladores ou dos administradores.

O autor ressalta ainda, que na época da elaboração da Constituição Brasileira, vivia-se um processo de redemocratização com grande instabilidade econômica, crises de abastecimento e surtos inflacionários. Somando-se ainda a esses fatores, havia movimentos com o fito de adotar o sistema parlamentarista, no intuito de estabelecer um maior controle do Congresso sobre as ações executivas. Logo, se conclui que o texto constitucional é logo e detalhista de forma proposital, objetivando proteger as conquistas constitucionais de reviravoltas políticas e econômicas, além da necessidade de controlar os Poderes. Neste contexto, a Constituição abarca um grande número de temas com medo do retrocesso democrático, como também da descrença na capacidade das futuras gerações na forma de interpretação dos seus princípios.

Rocha (2019) afirma ainda que:

Assim, sob o olhar reverencioso da Constituição Federal, o Poder Judiciário promoveu uma significativa modificação na sua forma de atuar, que ia muito além da tradicional função de guardião das leis. A principal referência, nesse sentido, é o papel que o STF passou a desempenhar no Estado brasileiro. Ao invés de realizar a leitura da Carta Constitucional, a nossa Corte Suprema passou a reinterpretar os textos, extraindo novos sentidos das normas constitucionais, com diferentes padrões hermenêuticos, não raras vezes conflitantes entre si. (Rocha, 2019, p. 181)

A figura do juiz singular, trazida por Chiovenda (1998), trata do juiz que tem sentimento de responsabilidade sobre o processo, o que pode tornar perigosa a sua decisão, pois não passa pela preponderância dos demais colegas, e pode ser susceptível às pressões da opinião pública das partes de autoridades superiores, além de ter um conhecimento mais imediatista dos atos processuais, podendo apreciá-los de maneira subjetiva, e, até mesmo errônea.

Nesse sentido, Guilherme Sokal (2012) aponta quatro maneiras de funcionamento do Tribunal, sendo elas: 1- esforço coletivo de distribuição; 2 - esforço coletivo de equipe; 3 - esforço coletivo redundante; e, por fim, o 4 - esforço colegiado, este último, que, na visão de Chiovenda, seria o ideal. Porém, Marinoni (2015) faz a colocação de que, na prática, é um esforço coletivo redundante.

Desde o Código de Processo Civil de 1973, que inseriu o Art. 557, que passou a dar mais amplitude aos julgamentos monocráticos pelo Relator, surgiram diversas críticas na doutrina, por juristas como Nelson Pinto, Hélio Costa, Francisco Martins, Barbosa Moreira, e Athos Gusmão de Carneiro, no sentido de que as decisões monocráticas estariam em descompasso com a Constituição, pois iria de encontro com o Princípio da Colegialidade, além de que o Colegiado é o juiz natural da causa nas instâncias superiores, e com isso, preservaria a independência e a imparcialidade dos tribunais, e, que somente a Constituição poderia legitimar e estabelecer exceções ao referido Princípio, somando-se ao Princípio do Duplo Grau de jurisdição e do princípio do Juiz Natural, pois haveria um abreviamento no tocante ao contraditório, especialmente no que tange à possibilidade de sustentação oral (Rocha, 2019).

Ainda Rocha destaca que,

Além do mais, seria ilógico, do ponto de vista teórico, e contraproducente, do ponto de vista prático, sustentar que os julgadores não pudessem agir isoladamente, em determinadas situações, dentro do seu colegiado. Certamente, tal construção comprometeria o funcionamento desses órgãos, pois a dinâmica da atividade colegiada pressupõe a existência de coordenação e representação entre seus membros. Não por outra razão, a essência do sentido aqui defendido para o Princípio da Colegialidade é a primazia e não a exclusividade do colegiado no processo de tomada de decisões nos Tribunais. (Rocha, 2019, p. 221)

É necessário ponderar o que traz o Artigo 102, § 2º, da Constituição Federal (1988) no tocante às decisões proferidas pelo Supremo:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Brasil, 1988)

Kelsen (1992), já apontava que, na sua visão a respeito das funções jurisprudenciais, embora o Estado Democrático de Direito estabeleça a Separação dos Poderes, em que cada um tem suas funções atribuídas, a questão da legislação e o ato de legislar é, de fato, distribuída entre esses poderes, - vale aqui ressaltar a perspectiva da abstração e da concretude das normas, que exigem interpretações das normas diante dos contextos histórico-sociais do momento em que se interpreta em vez do momento em que a norma foi criada -, todavia,

apenas um dos poderes é denominado como legislativo, e tal órgão não pode, portanto, se vangloriar do “monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida” (Kelsen, 1992, p. 266).

O Direito Brasileiro pratica o princípio do duplo grau como modelo de jurisdição, que visa efetivamente garantir que o direito a uma nova apreciação da demanda que já tenha obtido decisão jurídica, seja, de fato, aplicado, o que aciona o princípio da colegialidade (Cabral, 2019).

Fato é que o princípio da colegialidade é afetado quando ocorrem decisões proferidas por ministros do STF de forma monocrática, sobretudo, quando o ministro que profere a decisão é parte composta do órgão colegiado (Viriato, 2022). E, vale ressaltar que esse tipo de decisão é incumbência tanto do relator quanto do Presidente da Suprema Corte, e, portanto, apenas essas duas figuras podem efetivar a ação de antecipar os julgamentos do âmbito do colegiado e definir aceitar ou negar provimento a recursos ou realizar e emitir decisões em caráter de urgência (Cardoso, 2022).

Embora essas tomadas de decisão possam aparentar afetar a solubilidade das relações entre o órgão colegiado, é posto que estas possuem o mesmo peso que as seguidas do colegiado, e ainda contribuem, com efeito, para a maior celeridade nos processos do STF. Moreira (2001) justifica a tomada de decisão monocrática em que pese a morosidade que caracteriza a atuação do STF, em virtude da grande demanda de processos em carência de julgamento.

Assim, Pinheiro (2002) reitera a visão de Moreira, ao pontuar que:

Em parte, isso se explica pelo também vertiginoso crescimento da demanda por serviços judiciais, o que faz com que os juízes brasileiros continuem obrigados a julgar milhares de processos todo ano. Neste contexto, inovações bem sucedidas, como os Juizados Especiais, têm sido incapazes de reverter endogenamente a precária situação em que vive o Judiciário. (Pinheiro, 2002, online)

Nesse sentido, o Senador Oriovisto Guimarães do PODEMOS/PR idealizou e tramitou no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº08/2021, cuja mesma realizou alteração na Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista,

declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. A referida PEC aprovada pelo Plenário estabelece prazos para pedidos de vista aos julgamentos realizados pelos colegiados do STF, e visa reduzir os impactos das decisões monocráticas, sobretudo, quando estas decisões tratarem de temas envolvidos em polêmicas, havendo a necessidade impositiva de ratificação das decisões pelo colegiado, anteriormente realizadas de forma monocrática.

A ementa da PEC 08/2021 diz ainda que:

Determina que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial os tribunais possam deferir medidas cautelares que: suspendam a eficácia de leis e atos normativos com efeitos erga omnes; suspendam atos dos presidentes dos demais poderes; suspendam a tramitação de proposições legislativas; afetem políticas públicas ou criem despesas para os demais poderes. Fixa prazo para o julgamento de mérito após o deferimento de pedidos cautelares em ações de controle concentrado de constitucionalidade e dá outras providências. (Senado Federal, 2021, *online*).

Vale ressaltar, contudo, que destarte, os trabalhos proferidos pelo STF tendem a continuar, ainda que com a suspensão das decisões monocráticas, tendo em vista que endossará a morosidade nos julgamentos dos processos enviados à Suprema Corte. Entretanto, cabe frisar que, como bem nos retrata Tavares (2012) a jurisprudência deve se firmar no solo da segurança jurídica, baseada na certeza do conhecimento e acesso ao Direito vigente, no previsível conhecimento acerca das consequências das ações, e na estabilidade da ordem jurídica.

Existem alguns autores, como Nelson Neri Júnior (2000), que entende que as decisões monocráticas são constitucionais e, que inexistente ofensa ao devido processo legal nos julgamentos monocráticos, pois a lei ordinária conferiu ao relator poderes para tomada de decisões de maneira singular, indeferindo, negando ou dando provimento a recurso, com base no Princípio da Economia Processual, e, se por ventura, o interessado não concordar com tal decisão, cabe a interposição de recurso para o colegiado. Havendo, então, um equilíbrio entre os princípios e garantias constitucionais.

Talamini (1995) afirma que “é tradição constitucional brasileira o julgamento colegiado em segunda instância, porém não impede que a lei delegue a prática de certos atos a um dos integrantes do colegiado”. Nesse sentido, complementa ainda Carreira Alvin (2004)

que com o aumento dos poderes do relator, as decisões se tornam mais rápidas nos tribunais, descongestionando as pautas de julgamentos, sem comprometer a sua constitucionalidade.

Alvin (2004) complementa ainda:

Mesmo se não fosse admitido, o chamado ‘agrave interno’, nenhum vício constitucional afetaria o preceito, mesmo porque ninguém tem direito a que a lei preveja o recurso, senão direito ao recurso que a lei prevê. A questão seria, pois, de estrita legalidade, e, jamais, de inconstitucionalidade. (Alvin, 2004, p. 31)

Marinoni (2009) afirma ainda, que o juiz monocrático tem um efeito pedagógico de suma importância, tendo em vista que acaba desestimulando recursos meramente protelatórios, os quais são bastante frequentes. Ainda segundo o autor, “uma justiça congestionada, como é a brasileira não pode continuar sendo complacente com os recursos abusivos e protelatórios, pois estes colaboram para tornar ainda mais inefetiva, lenta e cara a prestação jurisdicional”.

Observa-se no Art. 932 do CPC de 2015 que, podem ser dadas pelo relator, tanto de forma terminativa, quanto definitiva, desde que tenha ou não aptidão para resolver o mérito do recurso. O inciso VIII do referido artigo traz possibilidades inesgotáveis de atividades que podem ser realizadas pelo relator, desde que sejam estabelecidas no regimento interno dos respectivos tribunais.

Fabiano Carvalho (2008) entende que a utilização de qualquer técnica de abreviação do processo, estando ligada à efetividade da prestação jurisdicional, não pode ser apenas considerada como uma mera deliberação, mas, sim, como um dever do relator em julgar o recurso de forma monocrática. Nesse sentido, imagine então, se o relator levasse ao colegiado uma pretensão recursal que confronta a jurisprudência daquele tribunal, sem qualquer justificativa, só tumultuaria o procedimento e atrasaria mais ainda a resposta tanto as partes como também a própria sociedade.

Como toda e qualquer decisão judicial, a decisão monocrática precisa ser devidamente fundamentada, apresentado ali o relator sua fundamentação e a sua razão de decidir além dos parâmetros. Devendo assim, de acordo com Carvalho (2008), demonstrar tanto às partes, como

à sociedade, que a aplicação da jurisprudência não é só uma prática mecânica ou discricionária, mas, fruto de uma articulação lógica e coerente, com argumentação pertinente, com finalidade de extração do sentido constitucional da norma, e, com isso, dar solução à pretensão recursal de forma mais acertada às linhas gerais que são estabelecidas no sistema jurídico.

Revela-se interessante observar também que, mesmo em decisões colegiadas, os relatores acabam influenciando na decisão ou ainda no perfil decisório, contribuindo, de forma decisiva, para o colegiado, inclusive, direcionando muitas vezes os votos dos demais.

É de extrema relevância apontar que, o julgamento monocrático está sujeito a controle, através dos agravos que podem ser interpostos pelas partes que não estejam satisfeitas com a decisão, podendo ser a decisão guerreada, por meio de agravo interno, mandado de segurança, reclamação correicional, agravo regimental, embargos de declaração, os quais exigem a manifestação do colegiado, ou seja, a decisão monocrática não se faz como decisão final, pois a mesma está sujeita a recurso.

Faz-se importante ressaltar as ressalvas de Rocha (2019) na sua conclusão, no sentido de que, por razões de celeridade, efetividade e racionalidade, deve-se permitir ao relator, julgar, de maneira monocrática, o mérito do recurso, devendo-se ser observadas algumas regras processuais, como Princípio do Contraditório, respeito ao direito de sustentação oral no agravo interno, o qual foi incluído tanto pelo CPC, como também pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, após a sanção da Lei 14.365/2022.

Por fim, vale reiterar a conclusão de Rocha (2019), quando este diz:

Defendemos também que o relator não deve julgar isoladamente o mérito dos recursos. Se os padrões decisórios não estiverem em sintonia com o entendimento dos tribunais superiores, ou, do seu próprio órgão colegiado. Com efeito, entendemos que o relator deve desempenhar um papel de representante do colegiado, prestando uma jurisdição equivalente àquela que, provavelmente, seria produzida caso o procedimento recursal não tivesse sido abreviado, mas, sempre em simetria com o entendimento firmado nos Tribunais Superiores. Eis o cerne do princípio estudado. (Rocha, 2019, p. 352)

Diante disso, o debate a respeito das decisões monocráticas e de seu impedimento pela PEC 08/2021, revela que a possibilidade de imprevisibilidade das ações e tomadas de

decisão por parte do Supremo tendem a enfatizar a insegurança jurídica, e, por conseguinte, endossar o processo de vulneração do Estado Democrático de Direito, que na verdade fica demonstrado um certo embate entre o legislativo e o judiciário, porém não é salutar tal celeuma, o que só gera desgaste ao sistema, inclusive sendo inconstitucional a referida PEC, pois não existe previsão Constitucional que impeça que as decisões tomadas pelas Cortes Superiores fossem Monocraticamente, pelo contrário, existe na legislação pátria, inclusive no próprio código de processo civil, o qual foi elaborado pelo próprio Congresso, a possibilidade de atuação individualizada do relator, com brechas até para ampliação da sua atuação nos regimentos internos. O que não pode é a decisão não ser fundamentada e impedir que se leve os recursos pertinentes ao colegiado no tocante a tais decisões, como também que não se impeça as respectivas sustentações orais, as quais foram incluídas com a alteração legislativa do Estatuto da OAB.

3.3 A INTERVENÇÃO INCONSTITUCIONAL DOS PODERES MAJORITÁRIOS DA REPÚBLICA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO

No que tange à ação intervencionista dos Poderes Majoritários em relação às práticas do Supremo Tribunal Federal, sabe-se que as ações contramajoritárias proferidas pelo STF podem gerar a contrapartida por parte dos demais poderes, que por sua vez, acionam mecanismos de espectro inconstitucional com intuito de repelir o poder atribuído ao Supremo, a exemplo da PEC 08/2021.

O procedimentalismo tem como intuito garantir a firmeza nas tomadas de decisões processuais e a utilização de instrumentos de participação democrática, com prevalência de discricionariedade política que sejam inerentes ao Estado Democrático, permitindo a intervenção de valores no processo de tomada de decisão na jurisdição constitucional, mas de maneira secundária, sem influir na decisão final, sendo o Judiciário um garantidor do processo deliberativo, assegurando o seu pleno funcionamento. Sendo a própria sociedade, de forma direta, ou representada pelos Poderes Majoritários, que com suas bases axiológicas “devem

decidir quando e como se dará a implementação dos direitos previstos na Constituição”, rejeitando assim o Ativismo Judicial (Souza, 2022).

Já o substancialismo, o qual valoriza o conteúdo material da Constituição, ainda segundo o referido autor, fomenta o Ativismo Judicial no intuito de concretizar os Direitos Fundamentais, a exemplo.

Dentre as ações proferidas pelo STF, estão o julgamento ou omissão de determinado caso, ou ainda, para os casos julgados, posturas revestidas de ativismo judicial ou autocontenção. Contudo, é prudente enfatizar que cada juiz toma como estratégia para conceber sua decisão judicial, considerar a análise dos fatores que possam restringir suas ações jurídicas, em virtude do envolvimento de todos os agentes dentro do cenário dicotômico jurídico-político, bem como também deve analisar as consequências que serão fruto das decisões judiciais tomadas e que possam afetar o equilíbrio salutar da economia e do Estado Democrático de Direito (Posner, 2010).

Com isso, as Cortes do STF tendem a se reestruturar no diz respeito às suas ações, em que pese mitigar possíveis conflitos contramajoritários que possam resultar em limitações da autonomia judicial do Supremo (Whittington, 2003). E, nesse sentido, ocorre o dilema em que o Supremo é tolhido de suas práticas por demais poderes, em virtude do apontamento de situações que podem expor situações que se opõem ao sentido de constitucionalidade, havendo como resultado desse tolhimento, a prática da inconstitucionalidade por parte dos demais poderes.

Já se discutiu acima a questão da importância da Separação dos Poderes, que é enfatizada pela Constituição, e que, cada Poder deve ter sua autonomia e, podem, e devem se harmonizar entre si, objetivando o fortalecimento das vigas da democracia, enquanto que o contrário disso, com o tolhimento de quaisquer que sejam os Poderes, o que ocorre é o desequilíbrio dos dispositivos democráticos institucionais, que por sua vez, contribuem para a vulnerabilização da democracia. Nesse sentido, importa questionar sobre a compatibilização da revisão judicial com o ideal democrático (Sarmiento, 2008).

Diante disso, o que se apresenta é uma limitação do Supremo em favor da manutenção da democracia, limitação esta que engloba fatores que contribuem para a aceitação do judiciário no que tange à questão da tomada de decisão em proferir ou não em dar andamento ao conflito que fora submetido à corte. E, dentre esses fatores, destacam-se o entrave às searas cognitivas e estruturais relativas à intervenção judicial, bem como da formação de diretrizes ou parâmetros de interpretação jurídica que passem pela influência da questão de fragilização da democracia (Lima, 2014).

Dessa forma, os órgãos judiciais acabam por conceber estratégias de autolimitação no exercício da revisão judicial, tais como: considerar uma presunção de constitucionalidade em relação às ações dos demais poderes majoritários; objetivar a coerência no ato interpretativo dos dispositivos constitucionais; delimitação da atuação da corte quando de sua participação indispensável no que tange a determinados temas; redução do âmbito da decisão da autocontenção (Lima, 2014).

A autorrestrição é outro fator que contribui para mitigação da crise contramajoritária, pela escolha da corte em não julgar, manter ou anular determinada forma. Tal escolha, pode reverberar a compreensão da corte do Supremo no que cerne às limitações institucionais, sob as quais está submetido (Bickel, 1962).

Nesse sentido, cabe aqui ressaltar o que dizem Lima e Gomes Neto (2018);

Não se questiona a existência ou a validade da revisão judicial; não há uma negativa apriorística das potencialidades da corte na salvaguarda de importantes fundamentos do Estado de Direito: há, todavia, a compreensão que as instituições judiciais devem ser inseridas dentre os demais entes estatais, dotados de competências específicas, havendo uma dinâmica permanente de distribuição das competências institucionais de cada ramo de poder. (Lima; Gomes Neto, 2018, 226)

Essa consciência da corte em relação às suas limitações é o que contrapõe ao fortalecimento de uma democracia, tal conformação que suprime a autonomia de um poder que deveria sustentar suas decisões, sem a necessidade de implementação de possíveis autorrestrições a fim de evitar conflitos institucionais com outros poderes, o que demonstra que a democracia brasileira ainda tem muito a se desenvolver, e o passo inicial, é convergir no seu

amadurecimento, sobretudo, através do respeito à autonomia da Separação dos Poderes, e na não intervenção contramajoritária, no intuito de preservar o dispositivo de constitucionalidade.

Nesse sentido, é cabido frisar que o Supremo conflui no debate em relação à questão da autorrestrição, que por vezes é apreciado, e por vezes é evitado, haja vista que tal barreira funciona como impulso de prática de ativismo judicial. Diante disso, o Min. Relator Marco Aurélio Mello traz à luz de sua decisão concernente à cláusula de barreira que:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido (STF, 2007, p 160).

No que tange ao adjetivo condicional de “legislador negativo”, vale ressaltar que o que os guardiões da Constituição são incumbidos de restringir o ordenamento jurídico as normas completas ou fracionadas que se mostrem incompatíveis com o que é enquadrado pela Constituição (Dias, 2010).

Essa prática ocorre quando os membros da corte adotam uma postura de criadores judiciais de Direito, ou legislador positivo, quando realizam reformas nas decisões legislativas do Parlamento, ratificando-as mediante mecanismos hermenêuticos que não ocorrem no texto literal da Constituição, refletindo um comportamento de ativista judicial.

Já no que diz respeito às decisões tomadas nas linhas das casas parlamentares, as *interna corporis*, que são as questões ou assuntos que tratam e interagem direta e instantaneamente com a economia interna da corporação legislativa, seus privilégios e com a composição da lei que está intrinsecamente ligada às ações de apreciação e deliberação da Câmara. Entretanto, a sindicalidade que protege essa conduta, também se esbarra na garantia das cláusulas pétreas que garante a imutabilidade da norma, e mantém inalterado o núcleo da Constituição, de modo que qualquer proposta de emenda à Constituição que possa confrontar o que rege o art. 60, § 4º, da Carta Magna, deve ser instantaneamente e efetivamente indeferido, não devendo a proposta passar pelos Plenários (Meirelles, 2003; Silva Filho, 2003; Agra, 2014).

O Supremo tem frequentemente discutido a ação *interna corporis* ao analisar os mandados de segurança de parlamentares, a admitir a escolha pela não interferência em temas como estes. Mas, no tocante a autoridade das políticas públicas, a escolha pela autorrestrição se justifica pela proteção a reserva da administração. A reserva da administração, segundo Novais (1997) é:

uma esfera em que, de um ponto de vista negativo, a Administração estaria livre de ingerências de legislação, e, de um ponto de vista positivo, seria ela própria a determinar, vinculada apenas ao quadro constitucional, os correspondentes objetivos, tarefas e atividades. (Novais, 1997, p. 33-34)

Nesse caso, a discricionariedade administrativa determina os critérios da reserva da administração que se oporá à reserva de lei, portanto, a discricionariedade administrativa opõe-se amplamente à garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo em vista que tal fato, ao se basearem no neoconstitucionalismo redesenhariam o ideal de vinculatividade dos administradores.

Quanto à legitimidade das decisões da Jurisdição Constitucional, Souza (2022) afirma que, nunca as decisões foram tão contestadas, tanto por profissionais do Direito, como por leigos, e não somente as decisões judiciais, como também o trabalho do Ministério Público. Nesse sentido, é verdade que se define a democracia como governo da maioria, porém, o Estado de Direito consagra a Supremacia Constitucional, das leis com o devido respeito aos Direitos Fundamentais e o controle jurisdicional por parte do Estado, não só para proteger maiorias, mas também, minorias.

Nesse sentido, deve haver uma imparcialidade dos juízes, que já se inicia no processo de distribuição, além da transparência, para evitar qualquer tipo de suspeição. Trazendo então, o Art. 95 da Constituição Federal (1988), que elenca garantias e vedações dos juízes. Além do mais, toda decisão judicial deve ser motivada, trazendo elementos que possam convencer as partes de que o raciocínio do julgador está correto, com base na lei e não provém de uma arbitrariedade, mas sim, de uma avaliação de provas e de elementos do ordenamento jurídico.

Assim, reverberando o que diz Souza:

Se todas decisões judiciais devem ser fundamentadas ou motivadas, assim o é, primeiramente, como elemento essencial do processo, mas também, como condição de legitimidade da decisão propriamente dita e da atividade jurisdicional como um todo. Diante de uma decisão motivada e transparente, qualquer jurisdicionado e a sociedade como um todo – além das partes, dos seus advogados e dos demais atores envolvidos na lide específica -, têm condições mínimas de aferir a imparcialidade do Poder Judiciário, e se as decisões deste são pautadas pelo Direito ou se são frutos de um arbítrio dos julgadores. Uma motivação clara, transparente e acessível - aos profissionais do direito e, na medida do possível, abolindo tecnicismos desnecessários, aos leigos também -, é o que minimamente se pede. (Souza, 2022, p. 63)

Arelado a todos esses fatores, se faz necessária uma acessibilidade à decisão, não só por Instituições Oficiais, como também por qualquer cidadão comum. Soma-se ainda a estabilidade e a previsibilidade das decisões, as quais são necessárias para se ter um pouco mais de confiança na legitimidade de atuação jurisdicional. Adicionando também que tais decisões, em uma democracia tão frágil como a nossa, devem ser aceita, se dentro da legalidade, pelos demais Poderes Majoritários, e, por fim, a aceitação popular que terá maior valoração, se respeitar valores sociais já pré-determinados na Constituição. Validando assim, as decisões tomadas pelo Judiciário e, evitando intervenções inconstitucionais no Judiciário, por parte dos demais Poderes da República, e, conseqüentemente, que se ultrapassem as garantias presentes no Estado Democrático de Direito.

Se uma decisão preenche todos os requisitos de legalidade, além de atender os anseios da sociedade, sejam através de grupos majoritários ou minoritários, deve haver total respeito, sem qualquer tipo de interferência dos demais Poderes na Jurisdição Constitucional.

4 A ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF E OS INSTITUTOS LEGITIMADORES

Como bem se sabe, diferentemente dos demais Poderes da República, ou seja, os Poderes Majoritários, os quais são escolhidos democraticamente através de eleições, o Poder Contramajoritário, qual seja, Poder Judiciário, no caso em espécie, o Supremo Tribunal Federal, os seus membros são indicados pelo Presidente da República e, para validar a sua escolha, a indicação levada ao Senado, para que passe por uma sabatina por este Poder, com o fito de aprovar - ou não- a referida escolha, com base na conduta ilibada e no notório saber jurídico.

Como bem acentua o Ministro Gilmar Mendes (2017), que a Constituição confiou ao Judiciário um papel nunca antes atribuído pelas demais Constituições. Dando-lhe autonomia institucional, como também, autonomia administrativa e financeira da sua estrutura, além de assegurar a autonomia funcional dos seus magistrados. Tais garantias são verdadeiras condições para fruição de direitos individuais que constituem a pedra angular do Sistema de Proteção de direitos, elencando assim, os Princípios da Proteção Judicial Efetiva, do Juiz Natural e do devido processo legal.

Diante da abordagem, é necessário realizar um estudo acerca da atuação do STF, em relação aos demais Poderes da República, como também, no tocante à participação popular, com o fito de legitimar a atuação do STF para a garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais.

4.1O COMPORTAMENTO DO STF FRENTE AOS DEMAIS PODERES REPUBLICANOS

Com todo o contexto histórico de garantia aos direitos fundamentais, principalmente depois do Holocausto que milhões de pessoas morreram sem qualquer tipo de respeito ao direito à vida, condição esta, da própria existência, surgiu então a figura da ONU que proclamou a declaração dos Direitos Humanos como foco central da humanidade. Enquanto o texto internacional registrava, na declaração, diversos direitos básicos intrínsecos à condição de ser humano, exemplo como a luta de Martin Luther King, entre 1950 e 1960, contra segregação racial dos Negros dos Brancos em alguns Estados americanos, de Nelson Mandela

que, após anos de opressão institucionalizado pelo *apartheid* na África do Sul, seguia lutando, além da igualdade, pela justiça social, e no Brasil, entre 1964 a 1985, o povo buscava desinstitucionalizar a violência como diálogo possível, mostravam que o simples registro, por si só não bastava (Silva, 2020).

Passando-se esse período no Brasil dos “anos de chumbo”, com a criação da Constituição de 1988 e do avanço da democracia no país surge então um novo modelo de direito que segundo Streck (2017),

Uma constituição nova exige novos modelos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica. Em 1988, o Brasil recebeu uma Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo podemos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias. Com efeito, houve um efetivo “incentivo” doutrinário a partir de cinco principais posturas ou teorias: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial), a teoria da argumentação de Robert Alexy, o Neoconstitucionalismo e os métodos interpretativos de Savigny. (Streck, 2017. p. 78 e 79)

Os direitos substanciais se configuram como os mais singulares elementos para a legitimação da jurisdição constitucional, de modo que quando o processo de expansão da atuação da jurisdição constitucional se ampara sobre seus fundamentos, até mesmo as decisões que causam discordâncias na seara política encontram respaldo na sociedade, isso porque, segundo supremas cortes desempenham três grandes papéis em uma democracia: contramajoritário, representativo e iluminista (Barroso, 2018), de modo que fundamentado no atendimento mandas sociais pós-modernas, a jurisdição constitucional é chamada a incidir cada vez de forma mais constante na seara política, chegando, inclusive, a desempenhar uma função normogenética, quando um direito fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador infraconstitucional.

Com base em todos esses precedentes vivemos hoje um cenário de Crise Política no Brasil e com isso o judiciário vem se agigantando cada vez mais, principalmente o STF que tem a função de guardião da Constituição e dá a ela a interpretação que lhe cabe de acordo com a necessidade midiática e do entendimento dos seus Ministros que variam caso a caso não dando a devida segurança jurídica, pois sempre há uma relativização de Princípios e Direitos Fundamentais, que vão se adequando com as necessidades da sociedade e com isso gerando conflito entre os demais Poderes da República.

Os Tribunais, especialmente aqueles que desempenham uma função estratégica na sedimentação da interpretação da Constituição, mostram-se, cada vez com mais nitidez, como atores políticos, produzindo fortes intervenções no campo das relações interinstitucionais (tanto com injunções do legislativo, como com decisões que chegam ao limite da ingerência com relação ao Executivo) ou mesmo com interferências decisivas em debates Públicos sobre temas comportamentais de grande apelo midiático. No caso brasileiro, em específico, o Supremo Tribunal Federal, destaca-se por ostentar decisões que refletem os dois níveis de atuação descritos acima (Trindade; Oliveira, 2017).

Diante de toda contextualização de forma introdutória acerca do conflito entre os Poderes da República que demonstram uma falta de diálogo institucional e o Supremo Tribunal Federal como protagonista nas decisões de cunho judicial, social e político passando então a analisar as tensões existentes entre o STF e os demais poderes da República.

É interessante trazer a ideia de Dworkin (2005), no tocante aos argumentos de princípio e política:

[...] Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo, ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípios são baseados em direitos [...]. (Dworkin, 2005, p. IX-X)

Nesse contexto, os juízes acabam decidindo sem considerar as consequências de sua decisão, mas apenas observando se a parte teria direito ou não. Partindo dessa premissa,

Lopes (2017) afirma que as decisões tomadas pelos tribunais são decisões principiológicas e, que as pessoas acabam não tendo direitos processuais acerca dessas decisões políticas. Nesse sentido, existe resistência em afirmar incoerência no tradicional discurso, já que se nota uma mistura entre argumentos de princípio e política, criando assim, uma espécie de “direitos utilitários”, que ao invés de uma aplicação equilibrada, acaba fragilizando a autonomia do direito, e mais uma vez, reabrindo a discussão política.

Falcão (2011) elenca três funções do STF, tais como, Corte Constitucional, Corte Recursal e Corte Originária. A primeira, quando exerce funções típicas dos tribunais Constitucionais. Já a Recursal, quando é provocada por casos concretos e passa a rever decisões que foram proferidas por instâncias inferiores do Poder Judiciário. E, como Corte Originária, em casos de conflitos individuais e de atuação única.

Nesse sentido, segundo Rodrigues Filho (2017), em termos quantitativos, o STF atua em maior parte como Corte Recursal. Nesta seara, o que observa é o comportamento do Pleno do Supremo, ou seja, decidindo apenas pretensões vinculadas aos processos judiciais, dando provimento ou não aos recursos, ou se existe também uma preocupação com a definição de teses pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o autor ainda observa uma modificação no comportamento da Corte, que passa a não só se preocupar com exame das pretensões recursais, e passa a definir teses, as quais devem ser observadas pelas outras instâncias, com a finalidade de racionalizar o exercício da Jurisdição Constitucional (Rodrigues Filho, 2017).

Numa análise descritiva, da jurisprudência do STF, o referido autor traz três fases do processo deliberativo, no que tange o exame do mérito das questões constitucionais e de repercussão geral. Numa primeira fase, se aproximou de um tribunal de teses com aprovação de Súmulas Vinculantes. Numa segunda etapa, passa simplesmente a julgar os casos concretos, sem qualquer preocupação institucional com julgamentos dos temas submetidos, dos antigos Artigos 543-A e 543-B, do CPC de 1973. Numa terceira etapa, passa-se então, a julgar questões de repercussão geral de maneira bifásica, decidindo se o caso concreto, com provimento ou não, e depois, deliberando se a tese será enunciada para aplicação a casos semelhantes pelo colegiado (Rodrigues Filho, 2017).

De acordo com Leite (2017),

Quando se afirma que o STF tem assumido um viés ativista no exercício da Jurisdição Constitucional, uma questão preliminar ao debate diz respeito ao próprio significado de “ativismo judicial”. Assim, podemos formular as seguintes perguntas: Ativismo judicial representa uma invasão na autonomia dos demais Poderes do estado? Significa que o magistrado decidiu com base no que ele entende como “justo”, ainda que isso implique afastar-se do direito positivo? Ou seria uma forma de apontar para erros na decisão judicial? O juiz ativista é aquele que demonstra engajamento político e social na realização dos valores constitucionais? Práticas ativistas têm o objetivo de ocupar eventuais “vácuos de poder”? Ativismo judicial estaria relacionado com a quantidade de decisões que a declaram a inconstitucionalidade de leis? (Leite, 2017, p. 849)

O autor traz então, diversas respostas sobre os questionamentos. Primeiro, o ativismo é utilizado de maneira política para atacar decisões da Corte, das quais se discorda. Observa-se também, que o comportamento ativista tende a expandir os Poderes Judiciais, ampliando seus poderes em relação às demais Instituições. O Ativismo Judicial pode ser realizado tanto por Cortes Liberais como por Cortes Conservadoras. Em segundo plano, o Ativismo não está ligado a conteúdo de decisão. E, por fim, em terceiro plano, não seria o Ativismo Judicial, sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio.

Destarte, o que se constata é que, o Magistrado ao proferir sua decisão, deve se utilizar de critérios de Razoabilidade, Proporcionalidade, Equidade, e, acima de tudo, Legalidade, na aplicação da lei ao caso concreto. Nas lições de Canotilho (2001, p. 23), “identificar democracia com liberdade incondicional do legislador, é abrir o caminho para redução das leis a simples produtos da organização de domínio”.

Conforme acentua Leite (2017), a nossa Assembleia Nacional constituinte trouxe diversos temas e assuntos variados para nossa Constituição, observando-se uma Constituição substantiva com imenso e aberto catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais, com traços programáticos, sem limitação de participação nos processos político-democráticos, ou seja, o guardião da Constituição - STF, é um dos principais responsáveis pelo cumprimento das promessas constitucionais, não somente como fiscalizador, mas também suprimindo as omissões.

O Estado passa por diversas modificações, na medida em que a sociedade advém por transformações estruturais no bojo econômico, cultural e político. Desta forma, alguns direitos

podem ser reavaliados para abarcar mais garantias não previstas anteriormente (Omissão Legislativa), mas, de forma alguma tolhê-las. Pois, o exercício da Jurisdição Constitucional, tem como fator primordial garantir, sejam às majorias ou minorias, direitos inerentes a estas, que posam surgir no decorrer do tempo.

O que se espera do comportamento do STF é que este não vire um ditador de regras abstratas, mas sim, um garantidor, protetor de Direitos e Garantias Fundamentais, tal qual posto na Constituição. E, para concretização desses direitos, se fazem necessárias, muitas vezes, a utilização de Institutos Legitimadores, com o objetivo de legitimar a sua atuação, o que será abordado no tópico seguinte.

4.2 STF: ARBITRO DAS TENSÕES EXISTENTES ENTRE OS DEMAIS PODERES OU PROTAGONISTA LEGITIMADOR DAS PRÓPRIAS TENSÕES

Como já bem prescreve o Art.2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (Brasil, 1988). Ou seja, em tese os Poderes da República deveriam ter no mínimo esses três requisitos preestabelecidos constitucionalmente respeitados, o que não acontece na prática, principalmente por parte do judiciário que acaba interferindo de forma a “regular” a atuação dos demais com base no que é ou não Constitucional e no que respeita ou não princípios atrelados as garantias e direitos fundamentais.

Na visão de Vale (2019), partindo da premissa de que uma das características primordiais dos regimes democráticos é a criação de forma institucional de vias onde o diálogo e o debate, no que tange o respeito à vida em comunidade, tornam os Tribunais Constitucionais, instituições fundamentais para a produção e reprodução de razões para as discussões públicas, e, de certa forma, acabam exercendo uma representação democrática.

O STF constitui ainda uma estrutura tripartite da República. O órgão de cúpula do Judiciário atua como poder independente, em relação aos demais Poderes, sendo que as relações entre os mesmos sempre foram marcadas por “episódios problemáticos”, que de certa

forma, repercutem em deliberações da Corte. Com a Constituição de 1988, o Tribunal ganhou mais garantias de independência político-institucional, como também de organização financeira. Com isso, os conflitos tornaram-se menos recorrentes e menos intensos, mas, em várias circunstâncias, é possível observar momentos de tensão e embate (Vale, 2019).

Na visão de Leite (2017), as crises políticas instauradas pela desconfiança nos Poderes Majoritários, somando-se ainda, à centralização dos Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário, mais a força normativa das constituições e seus princípios, acabaram impulsionando uma atuação intensa por parte do Judiciário, o que tem acarretado em um debate acerca do ativismo e adequação ao regime democrático.

Na Constituição de 1988, o STF de forma gradativa, passou a se pronunciar sobre variadas questões, sejam de oriundas de carga política, moral, econômica, religiosa e social, assumindo assim o STF, um protagonismo, tornando-se um novo espaço público de deliberação, onde controvérsias nacionais têm sido decididas. Dessa forma, o STF se exime do papel de coadjuvante para exercer a função de “contrapeso no interior do sistema político”. Construindo assim, uma nova dinâmica entre os Poderes da República.

No atual contexto político brasileiro e com a solidificação do Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário se agigantou de tal forma que acaba interferindo nas esferas de atuação dos demais poderes. Segundo Barroso (2011), o momento atual do Judiciário é de ascensão nas esferas institucional e política, o que se deve a alguns fatores, dentre os quais, se tem a recuperação das garantias da magistratura, a consciência da sociedade que tem clamado cada vez mais pela justiça e de forma cada vez mais participativa, bem como a criação de novos direitos e ações adotadas pela Constituição.

E diante é desse panorama que surge a judicialização das questões políticas e das relações sociais, e diante disso, o que se tem é o STF como um órgão que dita a última palavra nas decisões oriundas dos temas relativos à separação dos Poderes, no que tange aos direitos fundamentais e outros fatores como políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político, além de questões pertinentes ao cotidiano social, por exemplo. Toda essa gama de novas interfaces atribuídas e implementadas pelo STF têm trazido à tona a

necessidade de alteração sobre a legitimidade democrática das práticas engendradas pelo Supremo (Barroso, 2011).

Como bem assevera Silva (2020):

As bases da tradição republicana brasileira eram o “[...] presidencialismo, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional [...]” que em conjunto- mas nem sempre de maneira pacífica - produziam certos efeitos recorrentes, com largo potencial desestabilizador da dinâmica macro política do país e, conseqüentemente, no formato comportamental dos Poderes da República (Silva, 2020, p. 56).

O legislativo, o qual é eleito pelo povo, estaria figurando na perspectiva de atender as necessidades do cidadão, assim como o Poder Executivo, também eleito pelos cidadãos de forma direta e democrática, ambos com caráter de atender os anseios da população naquele momento. Como afirma Soares (2017): “Assim, a participação dos cidadãos no Estado democrático de direito implica condição de membro da comunidade política baseada no sufrágio Universal - princípio basilar da democracia- e na concretização da cidadania plena e coletiva da lei”.

No Estado democrático de direito, a legislação política constitui-se em objeto da função central das instituições, envolvendo partidos políticos, eleitorados, assembleias parlamentares, regime vigente, prática do desenvolvimento jurídico e tomada de decisões dos tribunais e da Administração, à medida que esses se “autoprogramam”.

Como bem coloca Silva e Nóbile (2017):

Evidentemente é preciso ter cuidado ao analisar a chamada finalidade prospectiva das decisões judiciais; não se defende, de maneira alguma, o atropelo ou desprezo pela legalidade, mas sim que a aplicação da lei, especialmente quando avaliada em casos concretos, seja adequada às condições fáticas do momento e esteja em harmonia com postulados constitucionais. (Silva; Nóbile, 2017, p. 205)

O que se defende é justamente que a estrita legalidade, e uma hermenêutica fundamentada na exegese literária, não é mais possível ante à velocidade das mudanças na vida da sociedade. Justamente objeto primeiro de regulamentação do Direito, mas sim que é necessário coadunar a letra da lei às alterações que impreterivelmente ocorrem, carecem de

solução pragmática e devem estar em harmonia com valores constitucionais, sendo que destes espera-se que a longevidade não os enfraqueça.

Após toda essa programática surge então a figura do STF como árbitro das tensões existentes entre os demais Poderes. Assim, pode-se destacar as palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, quando dizem:

Uma vez delineado o caso concreto, resta ao juiz regulá-lo por meio da lei. Contudo, como foi amplamente demonstrado, a concepção de direito no Estado constitucional é completamente diferente da que lhe foi atribuída pelo Estado liberal. Não mais prevalece o princípio da supremacia da lei e essa não é mais vista como um produto perfeito e acabado.

Hoje a lei se submete às normas constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. É correto dizer, aliás, que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo está na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é iluminar a compreensão do ordenamento jurídico. (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2021, p. 129)

A sociedade como um todo passou a eleger o Supremo como órgão fiscalizador e garantidor de direitos e com isso o mesmo passa a dar sua interpretação sempre que provocado acerca de casos concretos que através desses aumentam o poder de protagonismo da Corte. Como já bem citado por Silva (2020):

A Corte Suprema, nesse cenário, erigida a condição de intérprete qualificada por excelência da Lei Fundamental, vem a reclamar uma pretensão de ter não só a última palavra, rejeitando modalidades de Constitucionalismo popular, mas muitas vezes até mesmo a primeira e decisiva interpretação sobre as normas sujeitas ao controle de constitucionalidade, instada pelos vencidos no processo de embate democrático nas casas legislativas. (Silva, 2020, p. 22)

Vale (2019) cita, após uma entrevista com alguns Ministros do Supremo, que estes se mostram abertos a um diálogo institucional com os demais Poderes da República, principalmente em relação ao Congresso, já que este, torna-se um interlocutor privilegiado, sobre a interpretação constitucional, na medida que poderá revisar, e também dar novo contorno legislativo à posição definida pelo tribunal. Apesar que, em alguns casos, o entrave continua, inclusive, por questão de conservadorismo, como é o caso da descriminalização do

porte de droga para consumo, aborto, dentre outros casos, que ainda tramitam pela Corte Suprema e que devem ser julgados até o presente ano.

Na perspectiva de Abboud (2022), o valor da democracia surge em momentos de crise, no intuito de manutenção da ordem e pacificação de conflitos. Nesse aspecto, o autor afirma que o STF se porta como agente de maior importância na solução dos conflitos sociais. Que graças a ele, alcançamos algumas conquistas para minorias; além de gerir as principais crises brasileiras, preservando o pacto federativo, a proteção e vida das pessoas, como foi no caso da pandemia da Covid-19. “O STF, independente e legítimo, é o espaço imprescindível para prolongar a vida minimamente saudável dos regimes de Democracia Constitucional” (Abboud, 2022, p. 19).

Acrescente-se ainda à ideia de Abboud, que a saída para a democracia não é a sua desmoralização institucional, principalmente, o nosso Supremo, inclusive, o referido autor relembra discursos temerários e extremados acerca do seu fechamento, e afirma que tais posicionamentos são incompatíveis com a Constituição, instituições e democracia (Abboud, 2022).

Ou seja, o STF não só atua como mediador, mas também como protagonista entre os demais Poderes da República, porém não o faz simplesmente por fazer, mas sim porque o a Própria Constituição Democrática deu-lhe total ascensão e poder de decisão sempre que provocado sobre as matérias que forem questionadas e o mesmo tenta através de princípios constitucionais balizados pelas garantias fundamentais criar resoluções para casos concretos de acordo com os ditames do Estado Democrático atual.

4.3 INSTITUTOS JURÍDICOS UTILIZADOS COMO FITO LEGITIMADOR

Várias circunstâncias têm colocado ênfase no papel representativo do STF, apesar de pouco teorizada, o fato é que olhando a postura da Corte conclui-se que a mesma tem desenvolvido de forma crescente uma percepção de si mesma como representante da

soberania popular. De modo que suas decisões difundidas por um sentimento constitucional, venturosamente, se irradiaram pela sociedade como um todo. Percebendo-se pela frequência que as normas Constitucionais são invocadas em diversos ambientes. Desde o debate parlamentar até mesmo nas ações de consumo. Das passeatas gays às respostas da comunidade religiosa, ambas expressamente baseadas na liberdade de expressão (Barroso, 2018), ou seja, a sociedade vem participando de maneira mais ativa com a demonstração pública de suas opiniões.

Os discursos e/ou argumentos constitucionais produzidos por esses tribunais, acabam legitimando a sua atividade institucional, na medida que levam consigo as razões justificadoras dessas atividades, e submetem de forma constante à avaliação de diversos auditórios ou audiências presentes na esfera pública de uma comunidade democrática. Inclusive, afirma Vale (2019, p.58) que, “nesse sentido, não seria demasiado afirmar que as práticas argumentativas dos Tribunais Constitucionais podem representar uma espécie de “sismógrafo”, do *quantum* de democracia presente no exercício de sua Jurisdição Constitucional”.

Para adentrar então neste contexto de participação da sociedade civil, é necessário trazer a seguinte afirmação de George Abboud (2021):

Nossa percepção é um aumento da judicialização que reclama da jurisdição constitucional mais do que uma decisão de inconstitucionalidade. A complexidade contemporânea tem exigido da jurisdição constitucional uma regulamentação sobre temas importantes da sociedade *e.g.*, terceirização, proteção de comunidades indígenas, fiscalização de políticas sanitárias ou de saúde, tratamento de temas tecnológicos com responsabilidade de servidor de internet, enfrentamento de *fake News*, pesquisa científica dentre outros. Na construção dessa regulamentação, a estrutura tradicional da decisão é *per se* deficiente. Do modo, será deficiente uma postura de total abstenção do STF, porque direitos fundamentais e a própria segurança jurídica poderiam ser violados. Assim, ainda que mediante regimes transitórios de regulamentação, a jurisdição constitucional deve estar minimamente apta a enfrentar esse tipo de complexidade [...].” (Abboud, 2021, p. 498)

A Constituição Federal de 1988 resguarda a participação direta da população brasileira tanto na criação de leis, como a de iniciativa popular, além das consultas realizadas via plebiscito, sobre determinada matéria, a ser discutida no Congresso e via referendo que seria de certa forma um aval da população sobre determinada lei antes de lhe atribuir eficácia, como foi o caso do Estatuto do Desarmamento. Tais participações têm como embasamento o

artigo 14 incisos I, II e III da referida Constituição. Além desses institutos constitucionalmente trazidos, temos também outros, como é o caso das audiências públicas, que seria uma forma de expansão democrática de participação da população nas decisões proferidas pelo judiciário, com o fito de legitimar sua atuação.

Nesse sentido, deve-se ater à questão no que tange aos limites relativos à participação popular, tendo em vista que o STF adota o modelo de deliberação aberta para a realização de julgamentos, aos quais se pode haver a pluralidade nas suas audiências em virtude nos diversos meios em que são transmitidos, ampliando o acesso popular ao Supremo (Vale, 2019).

Vale frisar nesse momento que, a consideração da *vox Populi*, não sempre se faz de via concreta - em via de regra o povo na Casa do Povo - , frente as relações político-administrativas, essa admissão pode ocorrer por diversas facetas informacionais, como as próprias vivências e experiências extra institucionais dos Ministros, bem como pelos meios institucionais, tais como os de abertura processual, a exemplo dos *amici curiae* e audiências públicas, cujos mesmos apresentam discursos e narrativas argumentativas que incorrem nas esferas da opinião popular.

E, nesse sentido, tem pairado na horda dos debates, as relações entre o STF e a opinião pública, bem como quais os limites, por assim dizer, constitucionais no caso de o Supremo escutar ou não escutar os anseios sociais e a vontade da população. Diante disso, Vale (2019) destaca a iniciativa popular que originou a “lei da ficha limpa”, de 2010, que, com sua aprovação pelo parlamento, foi vista como uma vitória da sociedade brasileira frente às questões que concernentes à moralidade eleitoral, bem como à ética na política, fundamentos imprescindíveis para uma vida político-democrática salutar. Destaca ainda, que essa mesma conquista foi rebatida enfaticamente pela pressão da opinião pública quanto à sua constitucionalidade.

Frente a isso, os Ministros do Supremo reiteram o debate acerca da consideração do STF da participação popular nas tramitações dos seus respectivos julgamentos, e caso optem por tal feito, quais deveriam ser as diretrizes que regulamentariam essa vontade popular em decisões que devem partir da premissa do Princípio da Constitucionalidade, devendo o STF

junto à população, atender o anseio popular, de modo a promover a legitimação das Garantias e Direitos Fundamentais (Vale, 2019).

É importante trazer a colocação do ex-Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da ADI 3.510:

(...) O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma casa do povo, tal qual o Parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídicas e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também *um espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, “*o parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional argumentativamente*”. (BRASIL. STF. Voto do Relator Min. Carlos Ayres Britto, 2008).

Com base nessas premissas, Barroso (2018) traz ainda a seguinte afirmativa do poder político em um ambiente democrático:

[..] A autoridade para valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. É assim, alternando momentos de ativismo e autocontenção, que a jurisdição constitucional tem se consolidado em todas as democracias maduras como instrumentos de medição das forças políticas e de proteção dos direitos fundamentais. (Barroso, 2018, p.485)

Cabe aqui ressaltar que, embora a opinião pública possa ser considerada no âmbito dos julgamentos nas esferas do STF, há de se convir que, não por isso, deva se acompanhar o populismo em sua totalidade, podendo assim, gerenciar as exceções cabíveis ao suprimento das decisões na jurisprudencialidade constitucional. Sobretudo, quando das decisões contramajoritárias proferidas por esses tribunais, em que pesem a vontade popular e as ações do Supremo aguerridas como freios e contrapesos dos demais Poderes da República, para preservar o Princípio da Constitucionalidade, e assim, fundamentar-se em sua função

intangível como órgão legitimador das Garantias e Direitos Fundamentais dispostos na Constituição (Vale, 2019).

Dentro da mesma baliza deste entendimento, no tocante a participação da sociedade, Streck (2017) afirma que:

[...] Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação. Todavia, o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal, de maneira que excluir sua competência ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal significaria reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. (Streck, 2017, p. 213)

Ou seja, dentro dessa perspectiva, existe a possibilidade da participação da sociedade nas decisões tomadas pelos poderes da república, seja constitucionalmente falando, via legislativo e executivo, mas também pelo judiciário, a exemplo das audiências públicas, as quais têm previsão na legislação infraconstitucional, a mesma, em tese, é uma forma de participação democrática que visa legitimar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, vale ressaltar o que afirma Jadson Correia de Oliveira (2017) acerca das audiências públicas:

A audiência pública como instrumento jurídico e processual nasceu em 1999 com as leis que regulamentaram as ações do controle concentrado. Inicialmente, com a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, originária do Projeto de Lei n.º 2960/97, que trata do julgamento e processamento da ADI e da ADC. A matéria ganha previsão no artigo 9º, §1º e no artigo 20, §1º da referida lei. O legislador deixou claro que quando no processo seja necessário o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou ainda, quando for notória a insuficiência de informações, o relator pode, a seu critério, além das perícias, fixar data para realização de audiência pública, onde serão ouvidos os depoimentos de pessoas que tenham experiência e autoridade na matéria. (Oliveira, 2017, p. 169)

Oliveira (2017) traz à, portanto, a funcionalidade da vontade popular para a dinâmica da jurisprudência que vincula todas as esferas incumbidas na Constituição, que são os Poderes

em tripartite e, mais, a participação direta da sociedade, que vive as experiências do direito de ser dentro de sua ampla concretude, às decisões proferidas pelo STF, por meio de audiências públicas, em que a voz explícita do povo é acolhida, além do âmbito eleitoral, mas, outrossim, através de uma participação direta e que, influi efetivamente na tomada de decisão para o resultado de um constructo que seja social, político, econômico, cultural ou religioso.

Nesse sentido ainda sobre a promoção pelo STF de audiências públicas com a finalidade de legitimar suas decisões afirma Sombra (2017):

Quando promove audiências públicas de temas socialmente complexos, o STF de certo modo o faz com a pretensão de compartilhar as consequências políticas das suas deliberações, de modo a atribuir-lhes mais legitimidade e demonstrar o quanto deve ser enxergado como uma instituição essencial para a realização dos fundamentos da República. Não há como negar que esta forma de política deliberativa favorece a representação e simultaneamente contribui para o empoderamento de setores marginalizados e a interação entre grupos de cidadãos. (Sombra, 2017, p. 262)

Portanto, Sombra (2017) em suas palavras traz ao debate o enquadramento do uso recorrente de audiências públicas que se portam, então, tais como instituições fundamentais para o gozo pleno da democracia, sobretudo, ao validar a opinião de um amplo e diversificado espectro social, econômico e cultural que é a realidade concreta da sociedade brasileira. Diante desse debate, o autor reafirma a legitimidade da ação, da participação em si, que transforma o cerne dos Direitos Fundamentais, não em coisa abstrata, mas numa certeza de usufruto garantido a partir de sua concretude vide aplicação efetiva, ainda que com determinadas limitações (Sombra, 2015; 2017).

Apesar do intuito legitimador com a realização de audiências públicas, porém são encontradas diversas problemáticas em relação às mesmas. Neste sentido, é importante trazer a análise realizada por Livia Gil Guimarães (2020):

[...] as audiências públicas realizadas no STF parecem exercer três principais funções: (i) a de mecanismo de produção de informações; (ii) a de espaço para a realização do comportamento estratégico por parte dos atores envolvidos (participantes fazem lobby e julgadores estudam atores-chave e os possíveis impactos de suas decisões para as suas esferas de interesse) e (iii) a de discurso-instrumento de natureza autolegitimadora das decisões do Tribunal. As críticas construídas a partir dos dados são fundamentais para o aprimoramento dessa ferramenta constitucional, dentre elas a necessidade de um refinamento dos mecanismos de convocação, principalmente no que diz

respeito aos critérios de acessibilidade e admissibilidade para a participação nas audiências públicas. Uma vez melhorados, esses critérios conduzirão a um melhor aproveitamento da prática das audiências públicas, pois evitarão distorções nos filtros de entrada e participação dos grupos de interesse e potencializará a faceta positiva que a atuação desses grupos pode trazer para o debate constitucional. (Guimarães, 2020, p.264)

Diante da perspectiva de Guimarães (2020), é possível constatar a necessidade em se realizar uma composição de critérios para admissão e acesso popular nas audiências públicas, com o intuito de regulamentar as diretrizes e os parâmetros utilizados nos processos de participação popular, considerando a manutenção da legitimidade da ocorrência, bem como mitigar a construção de uma opinião midiática que possa ferir os princípios básicos dos julgamentos, quer seja pelo uso de desinformação, inverdades e *fake News*, quer seja a impregnação deliberada do ativismo judicial no que tange às tomadas de decisões das Cortes que apreciem o uso das audiências públicas como instituição promotora de legitimidade das Garantias e Direitos Fundamentais.

Ainda no que diz respeito à perspectiva de Sombra (2017), o autor põe em evidência uma questão de suma relevância que é a necessidade de se identificar sob qual fito as audiências públicas são consideradas instrumentos de representação democrática. Dentre as variáveis elencadas a questão paira sobre: a legitimidade da função da Corte em relação à jurisprudência constitucional, considerando a heterogeneidade dos grupos participantes do processo; contribuir para efetivação da publicização das implicações políticas decorrentes das decisões judiciais do processo; ou ainda, utilizar-se da circunstância para abarcar a publicidade e angariar a atenção dos setores sociais; a intencionalidade na captação de informações técnicas que possam favorecer o amadurecimento às análises e aos argumentos, de forma qualitativa, com finalidade de qualificar as deliberações.

As análises de Dworkin (2002), de Rodriguez (2013) e de Tushnet (2015) retratam o poder que a participação popular por meio das audiências públicas possui, na medida em que destacam que, embora a Separação dos Poderes destaque o Judiciário como um poder contramajoritário, existe uma relação entre o povo e o Judiciário por meio das relações político-judiciais entre os Poderes, e, também com o povo por intermédio das audiências públicas, das quais se reflete uma amalgama que envolve política e jurisprudência constitucional.

Há que se levar em consideração que, a relação do STF com a opinião pública é deveras contundente de recorrentes e reiterados debates, tendo em vista a funcionalidade da participação popular na legitimação dos Direitos Fundamentais, mas, também, o dilema ao qual os Ministros são consciente ou inconscientemente submetidos, que é o de utilizar-se da opinião pública para atender aos anseios sociais, de modo que mantenham restritos os vieses que muitas vezes acompanham a aceitabilidade da opinião popular, em outras palavras, que os Ministros ouçam, aceitem os argumentos da sociedade de forma direta, mas, que os filtrem com base nas normas da jurisprudência constitucional e se distanciem do limbo dos preceitos inconstitucionais.

Por toda exposição teórica trazida, verifica-se que o STF tem se utilizado de institutos que legitimam suas decisões, como as audiências públicas, *amicus curie*, Ministério Público, Advocacia e especialista na matéria que está sendo discutida com a finalidade de legitimar suas decisões, porém se verifica que as mesmas apresentam diversas falhas nos mecanismos de condução, além de um quantitativo pequeno de participantes, a forma como se dá a escolha de quem deve ou não participar e qual o critério utilizado, o que deixa uma margem de dúvidas acerca da sua legitimidade em termos prático.

4.4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil é constituído pela União (Estados, Municípios e Distrito Federal) e está vinculado às normas jurídicas, sobretudo às leis e princípios fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988 (Ferreira Filho, 2005; Barroso, 2009; Theodoro Junior, 2009; Fileti, 2009).

A Constituição é, pois, o instrumento de representação máxima e absoluta dos valores do povo que a proclama, e é ela que, através da jurisdição, constrói a limitação do poder do Estado e o Estado Democrático de Direito que traz à tona o sentido de transformação da realidade (Streck, 2003; Leal, 2015).

É na Constituição que são elencados os Direitos Fundamentais dos cidadãos brasileiros, e, segundo Canotilho (1998), esses direitos são concebidos da derivação do processo de afirmação dos Direitos Humanos, àqueles inerentes e indissociáveis à pessoa humana.

Nesse sentido, o autor compreende a relevância em distinguir, de forma geral, os conceitos dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos, com o fito de desvencilhar as propostas de homogeneidade entre ambos, posto que, segundo Canotilho, Direitos Humanos são normas válidas para todos os povos, quaisquer que sejam suas características ou condições físicas, morais, políticas, econômicas, culturais, religiosas, e sua validade engloba um infinito espaço temporalidade; ao passo que os Direitos Fundamentais, são os direitos do homem natural, que são estruturados em garantias de âmbito jurídico e institucional, e que possuem validade limitada em relação ao espaço territorial sob o qual homem esteja incluído, e em relação à temporalidade.

Ainda com relação a concepção do conceito dos Direitos Fundamentais, José Afonso da Silva (1999) traz à luz uma pertinente explanação, que aqui citamos:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (Silva, 1999, p. 182)

O Brasil tem em sua Constituição Federal de 1988, marca máxima do Estado Democrático de Direito, aspectos bem elencados no Capítulo II do Título II que versam sobre as Garantias e os Direitos Fundamentais, e que se revelam em direitos à saúde, moradia, educação, saúde, maternidade e infância, lazer, trabalho, previdência social, segurança além da assistência social de qualidade aos desamparados. E, também neste capítulo se ressalva que todos os Direitos Fundamentais nele listado devem ser garantidos pelo Estado na figura tripartite, e ter aplicabilidade imediata, sob penalização daquele representante de específico Poder que se omitir à obrigação de fazê-los (Granja, 2014).

A aceitação da Constituição a qual é norma suprema de um ordenamento jurídico, traz consigo a necessidade de controlar a constitucionalidade das leis, sendo esta uma essencialidade para que se proteja os Direitos Fundamentais, através da fiscalização acerca da

validade constitucional dos atos do Estado, através da fiscalização de um órgão que seja imparcial e independente, no caso o STF.

Essa forma de mecanismo é incompatível com a ideia de limitação de poder. Nesse sentido, quem controla a constitucionalidade dos atos públicos é a jurisdição constitucional, a qual fiscaliza e cumpre o que está determinado na Constituição, inclusive, sendo incumbido a este órgão responsável pela jurisdição constitucional de excluir leis que sejam incompatíveis com o ordenamento jurídico (Marmelstein, 2018).

A função normativa dos Direitos Fundamentais, conforme trazido por Marmelstein (2018), devem possuir força jurídica e efetiva, não só simbólica, não podendo estes ser apenas sentimentos comoventes. Sendo eles direitos positivados autênticos com consequências jurídicas, com vantagens para quem possua a sua titularidade e com imposição de obrigação a quem se destina. Não se tratando apenas de força jurídica qualquer, mas sim, de uma norma potencializada, pois esses direitos se encontram no mais elevado ponto do ordenamento jurídico.

Canotilho (1998) realiza em uma de suas análises, uma divisão estrutural dos Direitos Fundamentais, que em período anterior à Constituição de 1988, eram vinculados à matriz liberal-burguesa, limitados a direitos de defesa, mas, que na perspectiva neoconstitucional, estão vinculados às funcionalidades do Estado, e nessa conjectura, são denominados por Canotilho, como direitos a prestações.

E, nesse parâmetro, o referido autor subdivide esses direitos a prestação sob duas classificações, a saber, em direitos ao acesso e utilização de prestações do Estado, que por suas vezes, estes, são classificados como direitos originários ou direitos derivados das prestações. E, dessa forma, o autor aponta que os direitos originários das prestações são aqueles que surgem a partir da garantia legítima de determinados direitos; que reconhece concomitantemente o dever incontestável do Estado no que corresponde à criação dos pressupostos materiais indelévels ao exercício de tais direitos; e a consciência por parte do cidadão, de que este pode, a qualquer momento, de forma imediata, reivindicar e exigir a aplicabilidade das prestações constitutivas das quais este cidadão tem plenos direitos. Em relação à visão de Canotilho sobre os direitos derivados das prestações, estes podem ser

compreendidos como os direitos que implicam no cumprimento das prestações originais (Canotilho, 1998).

Não obstante as classificações supracitadas, Canotilho também classifica os Direitos Fundamentais como Direitos à Participação, e, versa sobre a democratização da democracia, ou, em outras palavras, adubar o campo jurídico-político para que a sociedade goze seus direitos com garantias e se compreendendo com um ator direto e funcional da legitimidade desses direitos que a ela competem. E nesse sentido, o autor destaca que, caso os cidadãos se empoderassem de sua consciência jurídica-política, e fossem mais participativos nas estruturas de tomadas decisões, certamente, determinados direitos fundamentais seria cada vez mais fincados em alicerces de garantias jurídico-constitucionais (Canotilho, 1998).

Uma outra perspectiva relativa aos direitos a prestações é a de Robert Alexy, que em seu livro *Teoría de los derechos fundamentales*, os classifica como direitos a prestação de sentido amplo ou de sentido estrito. Segundo Alexy (2002), os direitos de sentido estrito são todos aqueles direitos alistados aos direitos às prestações sociais; enquanto que os direitos de sentido amplo são subdivididos em direitos à proteção e direitos à participação na organização e por meio de procedimentos.

Doravante, entende-se que no Brasil, o poder democrático é exercido por representantes do povo, por ele eleitos, e que devem seguir o que rege a Constituição sobre suas funções enquanto representantes do povo delegados entre os poderes Executivo e Legislativo, nas searas Federais, Estaduais e Municipais, e que são fiscalizados pelo Poder Judiciário, como um bem pensado e executado sistema de freios e contrapesos (art. 14 da CRFB/88).

Nesse sentido, o Poder no Estado Democrático de Direito brasileiro é tripartido, entre as três esferas, independentes entre si e que devem confluir suas funções autonomamente e harmonicamente (Bastos, 1997). Cabe, no entanto, ao Poder Judiciário, que não tem seus representantes eleitos pelo povo, a função de “controlar a constitucionalidade das leis emanadas pelo Legislativo, eleito por meio do voto popular pelo povo, e, portanto, representante deste na assim chamada democracia indireta” (Köhler, 2017).

O Poder Judiciário tem no Supremo Tribunal Federal, o qual é composto por onze ministros que formam a Corte e a estes é atribuída a função de guardião da Constituição, devendo interpretar e salvaguardar o que é constitucional perante os constructos de realidade social que se apresentam diante do espaço-tempo, e, dessa forma, é este Poder que determina a palavra final no que tange à Constituição (Art. 101 da CRFB/88; Art. 102 da CRBF/88; Sarmento, 2012).

Vale ressaltar que, por possuir a palavra final no que tange ao instrumento constitucional, por vezes o STF é visto como um órgão detentor do que Sarmento (2012) denomina por aparência de supremacia judicial. Essa perspectiva é endossada, principalmente, em casos de ações contramajoritárias que se apresentam com determinada frequência nas Cortes do Supremo, como já fora supracitado.

Barroso (2009) traz à luz o que ele denomina por dificuldade contramajoritária, e a define assim:

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República - sufragado por mais de 40 milhões de votos - ou do Congresso - cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular - é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. (Barroso, 2009b, p.10)

O que se pode identificar é que o equilíbrio entre os Poderes, sobretudo com a garantia do Judiciário como guardião dos Direitos Fundamentais impetrados na Constituição, e fiscalizador dos atos dos poderes Legislativo e Executivo, ambos com representantes eleitos pelo povo e para o povo, tal equilíbrio deve operar pela concretização dos direitos fundamentais e pela legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Conforme Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021), a função da Constituição e a subordinação das leis às normas constitucionais, somadas ainda ao necessário controle jurisdicional de constitucionalidade da lei, como também de sua omissão, transformando o conceito de interpretação do Princípio da Legalidade, traz a função que foi emprestada aos Direitos Fundamentais, através da construção de uma teoria tanto para o controle das atividades do poder público, como também para a permanência de um Estado Democrático de Direito estável.

Como confere Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Um arsenal destinado: a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direitos às prestações sociais); a proteger os direitos de um particular contra outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (Direito à Proteção); e, a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (Direitos à Participação). (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2021, p. 121)

Ou seja, para se entender um julgado, faz-se necessário compreender a funcionalidade dos Direitos Fundamentais. Nessa seara, a prestação jurisdicional levar-se-ia à questão da facilitação do acesso à jurisdição, como a capacidade do Estado para prestar a sua tutela jurisdicional. O Judiciário não pode quedar-se inerte, ele tem, pois, a necessidade de prover o direito.

A Constituição traz proteção especial aos Direitos Fundamentais, tanto no tocante a sua aplicação imediata, como também nas cláusulas pétreas, evitando assim, a sua manipulação ou quaisquer que sejam os atos atentatórios do legislador frente a tais direitos.

Nesse sentido, importa observar o que dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021):

O Estado também tem o dever de tutelar *jurisdicionalmente* os Direitos Fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela *normativa*, além de ter o dever de dar tutela *jurisdicional* a toda e qualquer espécie de direito - em razão do Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva (Art. 5º, XXXV, da CF). (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2021, p. 189)

Dentro do contexto de uma prestação jurisdicional efetiva acerca dos Direitos Fundamentais, é possível observar que em várias situações acaba o Poder Judiciário, pelo próprio descaso do Executivo como também das lacunas legislativas, intervindo diretamente com o fito de garantir a aplicação dos Direitos Fundamentais, como exemplo das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPFs. Nas palavras de Georges Abboud (2021), “[...] Hodiernamente, o Estado Constitucional substitui a figura do Estado de Direito, como espaço público em que a funcionalidade do direito, além de limitada pelas regras constitucionais, impõe uma vinculação material do agir estatal aos direitos fundamentais”.

A ADPF está prevista no Art. 102, § 1º, como também foi regulamentado pela Lei nº 9.882/99, com a finalidade de suprir lacunas deixadas pelo controle de constitucionalidade,

preenchendo então assim, o vácuo deixado pela ADI e pela ADC. Porém, a ADPF permite a defesa da Constituição em face dos atos do Poder Público, tanto em sentido lato, como também servindo à função prejudicial de mérito de um “processo-base”, tendo efeito *erga omnes* e vinculante, ainda que em controle incidental (Silva, 2020).

Diante do exposto a respeito das ADPFs, vale destacar a ADPF 347/DF (Brasil, STF, 2015), que amplia a observação sobre o Estado de coisas inconstitucional, onde se discute a situação carcerária brasileira, a qual foi proposta pelo PSOL com vasta documentação relatando diversas atrocidades praticadas no sistema prisional brasileiro desde falta de água, alimentação e locais imundos até mesmo violência sexual e homicídio. Nesse contexto afirma Silva (2020) que:

Em controle principal, abstrato, porém, o órgão de cúpula da Justiça Brasileira jamais havia sido tão ousado quanto agora é. Reduziu, no pleito cautelar da ADPF347, um complexo conceito como de política pública ao de ato do judiciário omissivo (omissão persistente) e, abalando um dos últimos espaços para evitar atrito entre poderes, proclamou o seu poder de censurar políticas públicas se presente um estado de coisas inconstitucional. (Silva, 2020, p. 281-282)

Outra interferência necessária do Judiciário nas Ações do Poder Executivo é a ADPF 976, a qual foi interposta pela Rede Sustentabilidade, PSOL e Movimento dos Trabalhadores Sem Teto - MTST, alegando que tal população encontra-se em situação desumana de vida por omissões Estatais e ordenando a proibição de remoção dessas pessoas de maneira forçada como também dos seus bens e pertences pessoais (Brasil, STF, 2022).

Também se faz relevante destacar a decisão tomada pelo STF no âmbito da ADPF 635, reconhecida como a ADPF das Favelas, a qual foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB e por Organizações Não Governamentais - ONG's que operam na busca por políticas públicas de equidade social e proteção à vida. A ADPF 635 age em face como *amicus curiae*, e fora ajuizada em 2019 com a finalidade de reconhecer e sanar violações de direitos humanos na política de segurança pública fluminense, marcada pela violência policial. E nesse sentido, o Min. Relator Edson Fachin decidiu em favor da determinação da redução em 70% da letalidade derivada das forças policiais fluminenses e ainda que o Plano de Redução da Letalidade Policial contemple também, além de outros fatores, o controle de

armas, que tem sido tema determinante no que tange às questões de segurança pública e proteção à vida (Brasil, STF, 2020).

Ainda merece destaque, a ADPF 973, também conhecida como ADPF Vidas Negras, apresentada em 13 maio de 2022, tendo sido a proposta protocolada por sete partidos políticos, sendo eles o Partido dos Trabalhadores - PT, Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, Partido Socialista Brasileiro - PSB, Partido Comunista do Brasil - PCdoB, Partido Verde - PV, Partido Democrático Trabalhista - PDT, e Rede Sustentabilidade, em atendimento à Coalizão Negra, que na proposta, clamaram ao Supremo que reconhecesse a existência de um estado de coisas de formato inconstitucional que decorre do racismo estrutural brasileiro, tendo em vista que tal estado de coisas tem reforçado e se alicerçado numa necropolítica que tem sido cada vez mais financiada e aplicada pelo Poder Público, que tem historicamente reiterando a ingerência dos direitos fundamentais à população negra brasileira. Entretanto, após as sustentações orais, o Min. Relator Luiz Fux deferiu suspensão do julgamento a respeito da ADPF 973, que versa sobre violações de direitos humanos e fundamentais da população negra, diga-se majoritária, do Brasil (Brasil, STF, 2023).

O que se poder conjecturar a respeito das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPFs, é que tem sido recorrente o uso das relações de acesso ao Poder Judiciário, por parte dos demais Poderes, junto à sociedade organizada, em que pese o olhar do STF sobre uma ótica participativa da sociedade, e que tem bradado pela angariação de melhorias políticas e sociais, visando aquilo que está previsto na Constituição de 1988, que é a afirmação das garantias e direitos fundamentais de forma legítima, o que se pode inferir das propostas das ADPFs 347, 976, 635 e 973, acima relatadas.

Barroso (2021) traz alguns marcos jurisprudenciais do STF, como a liberdade individual (proibição da prisão por dívidas, no caso do depositário infiel, inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime em caso de delitos associados a droga, acentua ainda o julgamento pelo STF quanto à descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, ao menos maconha); moralidade administrativa (proibição de nepotismo, inconstitucionalidade do financiamento eleitoral por empresas com o fito de evitar corrupção, validação ampla da Lei da ficha Limpa).

Além de pontuar também: direito à saúde (fornecimento de medicamentos de forma gratuita a pacientes sem recursos financeiros que sejam portadores de HIV); direito à educação (imposição ao Poder Público de dar efetividade ao direito à educação infantil com acesso à creche e à pré-escola); direitos políticos (proibição da livre mudança de partido após a eleição para cargo proporcional, sob pena de perda de mandato); direito dos trabalhadores públicos (direito de greve dos servidores, regulamentação por via de mandado de injunção); direito dos deficientes físicos (acesso ao sistema coletivo de transporte, direito a passe livre); proteção das minorias (judeus, negros, indígenas, comunidade LGBT, transgêneros); liberdade de pesquisa científicas (pesquisas de células-tronco embrionárias); liberdade de expressão (inconstitucionalidade no tocante à exigência de autorização prévia tanto da pessoa retratada como de seus familiares para divulgação de obras biográficas); direito das mulheres (antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencéfalo, constitucionalidade da Lei Maria da Penha, direito à interrupção da gestação até o terceiro mês de gestação, este último ainda em discussão); ética animal (proibição da submissão de animais a tratamento cruel) (Barroso, 2021).

Tais pontos demonstram o quanto o Supremo Tribunal Federal vem se preocupando na garantia dos Direitos Fundamentais em espécie, sendo um fiel protetor do que vem estipulado na Carta Constituinte, inclusive algumas dessas matérias com participação da sociedade com a finalidade de legitimar as decisões proferidas por aquela Corte. Interessante trazer uma colocação de Abboud sobre a Jurisdição Constitucional, na qual o mesmo afirma que se pode proceder à correção da atividade legislativa “por meio do efeito aditivo, desde que, não faça uso discricionário desse instrumento, mas assegure uma regulamentação para a proteção dos Direitos Fundamentais, nas hipóteses em que há a resposta constitucionalmente obrigatória” (Abboud, 2021, p.610).

É interessante tratarmos sobre as decisões monocráticas do STF no tocante a ADPF, a qual precisa ser referendada posteriormente pelo Plenário, inclusive cabendo o Agravo Regimental no prazo de cinco dias, com sujeição ao referendo do órgão colegiado. Observe-se que, diferente da ADC, quando concedida a liminar, o Tribunal tem um prazo de 180 dias para julgar a ação, sob pena de perder sua eficácia, porém, na ADPF não há esta previsão, o que acaba protelando o julgamento de várias ações, como é o caso da ADPF 347 que não teve seu julgamento conclusivo, já no tocante a ADPF 973, seu julgamento foi parcialmente concluído, o que de certa forma, acaba acarretando, quando não concedida decisão liminar

favorável, em prejuízo às partes que acabam não usufruindo de uma segurança jurídica acerca de seus direitos (STF, 2024).

Além das ADPFs, é importante também lembrarmos dos remédios constitucionais heroicos que garantem a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, através do *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Ação Popular, Ação Civil Pública, e o próprio Direito de Petição, os quais asseguram frente às ilegalidades perpetradas pelo Estado a possibilidade de efetivação dos Direitos Fundamentais frente aos casos concretos.

Vale expor, que embora a participação da sociedade organizada seja contundente, e as ADPFs sejam formuladas com o fito agregador de fazer tornar concreto aquilo que é indelével ao cidadão constitucional brasileiro, que são seus direitos fundamentais, é preciso se ater ao debate acerca do estado de abstração da constitucionalidade, e por tanto, merece destaque ainda a questão da interpretação jurisprudencial para embasar as decisões proferidas pelas Cortes do Supremo. E, sabe-se, como já fora acima abordado, que, as vivências extra jurisprudenciais também podem incorrer no âmbito das decisões dos ministros, trazendo a pauta de que nem toda decisão proferia irá contemplar o gozo do povo, e nessa perspectiva, cabe a sociedade a sua reorganização e a persistência para que sejam seus anseios abarcados e atendidos pelas Cortes, dentro do espectro da constitucionalidade.

Conforme acentua Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021),

Se o Estado tem o dever de editar tais normas para dar proteção aos direitos fundamentais, é pouco mais do que evidente que ele não se exime da sua responsabilidade ao proclamá-las, uma vez que é natural a possibilidade de elas serem transgredidas. Isso significa que o Estado, além de ter de editar normas proibindo condutas contrárias aos direitos fundamentais, não pode se eximir da obrigação de instituir regras procedimentais instituintes de técnicas capazes de permitir a atuação efetiva e tempestiva do desejo dessas normas (por exemplo, regras procedimentais que viabilizem a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito). Nesse sentido, se pode falar em normas de proteção do direito material e em normas de proteção de direito processual ou, mais precisamente, em normas processuais destinadas a dar atuação ao desejo de proteção das normas de direito material. Enfim, importa ser claro para que a circunstância de que o Estado tem o dever de editar normas materiais e procedimentais para proteção dos direitos fundamentais (Marinoni, Arenhart e Mitidiero, 2021, p. 265).

Essa perspectiva trazida por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2021) sobre o dever do Estado na edição de normas para proteger os Direitos Fundamentais, corrobora com as análises de Alexy (2002), em sua obra intitulada *Teoría de los derechos fundamentales*, as de Ingo Sarlet (2001) quando trata desse tema em seu livro *A eficácia dos direitos fundamentais*, e, com as perspectivas expostas em anterior período, por J. J. Canotilho (1990) em seu trabalho intitulado *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais*, procedimento, processo e organização. Em todas essas obras, são expostas análises que frisam o papel que cabe ao Estado organizar e efetivar a edição de normas que concretizem a ação de proteção dos Direitos Fundamentais da sociedade, constitucionalmente prevista.

Cabe aqui frisar a necessidade em se observar que, embora as ADPFs denunciem as falhas ou omissões nas estruturas das ações do Poder Executivo, não deve pois, o Judiciário arcar como este Poder contramajoritário, havendo nesse sentido, o rompimento da constitucionalidade, de modo que o STF não pode, e não deve, sob hipótese alguma, assumir caráter de Legislador, tampouco de Executivo, senão o de fiscalizador, vale dizer harmonizado, dos demais Poderes, cumprindo seu papel de salvaguardar a Constituição e tratar de fiscalizar o que está sob sua competência: garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais, previsto no texto constitucional de 1988.

Com expansão de forma abstrata da jurisdição do Supremo, este não demonstra qualquer temor à doutrina das questões políticas ou a núcleos intangíveis das funções que são exercidas pelo Poder Executivo, por caso exista uma deficiência de política pública detectada pela referida Corte, que seja de natureza grave o suficiente que afete Direitos Fundamentais sejam eles de uma minoria desarticulada politicamente no Congresso, não existe qualquer problema por parte do STF em declarar “o estado de coisas inconstitucional” (Silva, 2020).

Nesse contexto como garantidor dos Direitos Fundamentais o Supremo, após Ação Proposta, acaba expandido sua atuação para efetivação destes Direitos, que nos casos em tela estaria adentrando na esfera do Executivo, porém na situação em apreço observa-se uma negligência por parte do referido Poder e com tal falha, torna-se necessária, mediante provocação, com base no princípio da inércia, que o judiciário tome medidas para salvaguardar tais direitos, os quais vêm inseridos, por exemplo, nos artigos 5^a, III, como também no art. 196, ambos da CF, através do Guardião dos mesmos, que seria o STF.

Observa-se também a necessidade de diálogo institucional entre os Poderes da República com o fito de atender as demandas necessárias para o fiel cumprimento dos Direitos e Garantias Fundamentais. É necessário deixar de lado o confronto entre os poderes, bastando lembrar que quando há um diálogo quem tende a ganhar é a sociedade e a democracia, basta lembrarmos do HC 143641, o qual concedeu a ordem com finalidade de proteção a mulher gestante ou que for mãe de criança não ser mantida em cárcere, mas sim ter a sua prisão substituída por prisão domiciliar, e conseqüentemente o legislador regulamentou tal situação através da adição do artigo 318-A ao CPP. Diferentemente se deu com a situação referente ao Juiz das garantias, que foi legislado e passou-se quase três anos suspenso por decisão judicial para se chegar ao consenso de que a lei é constitucional. Ou seja, tudo o que foi demonstrado só corrobora no sentido da necessidade do diálogo institucional para se cumprir de maneira efetiva os Direitos e Garantias fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a fundamentação neste trabalho detalhada, foi possível realizar, no capítulo intitulado “Direitos Fundamentais, Ativismo Judicial, Interpretação e Liberdade Democrática”, um debate, a partir da especificação de determinados conceitos de relevância ao que concerne ao tema desta pesquisa, tais como os aspectos gerais dos direitos fundamentais, estabelecimento das diferenças entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo e compreensão acerca das linhas de interpretação da norma jurídica, concepção e evolução dos principais modelos jurisprudenciais adotados no mundo ocidental - *Common Law* e *Civil Law*, bem como no tocante ao ativismo judicial e como ele deriva dos modelos jurisprudenciais aplicados e como o ativismo judicial ocorre no Brasil e nos Estados Unidos, que, diante do que fora exposto, pode-se tecer um breve comparativo com relação às práticas de ativismo judicial em ambos países que, cada um, desenvolveu sua respectiva Constituição seguindo um dos dois modelos de sistema, o derivado do anglo-saxão, no caso dos EUA, e o derivado do germano-românico, no caso do Brasil.

Diante disso, foi crível inferir do referido capítulo, que os Direitos fundamentais são validados a partir de sua formalização no texto constitucional, e de sua normatização nas legislações infraconstitucionais, com finalidade de comporem a aplicação da Norma Constitucional, e diante dessa premissa, cabe ao Estado se limitar na sua atuação contra a pessoa, além de proteger direitos a elas inerentes, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e garantindo a plena aplicação das Garantias Constitucionais pertinentes a cada caso concreto de forma imediata e eficaz, pelo menos no mínimo que está contido na Norma superior.

Do primeiro capítulo coligiu-se também que a interpretação jurídica deve se estabelecer através do consenso entre a norma, com os princípios e fundamentos que norteiam o Estado Democrático de Direito, que são resguardados na Constituição. Entretanto, é a partir do entendimento indubitável das funções e lugares de ação e de fala, de cada um dos Poderes da República, que tem-se o campo para o estabelecimento de decisões assertivamente dialogadas entre ambos poderes, devendo-se, contudo, avaliar ações que possam sugerir ou refletir práticas de ativismo, em que pesem a muitas vezes na intervenção de um Poder no outro e não necessariamente este ativismo seja conservador ou liberal, mas o cuidado em relação a tais práticas, principalmente no tocante a abusos por parte do Judiciário e a não

funcionalidade envolta a vieses que podem promover arbitrariedades e o distanciamento dos demais órgãos. Neste sentido deve-se haver um cuidado, principalmente no Estado Democrático de Direito para que a lei se cumpra nos moldes preestabelecidos no comando Constitucional e o STF, como Guardião Constituição, pode legitimar ou não a ação do legislador, porém com as devidas cautelas para não extrapolar sua competência e acabar criando um embrolho numa democracia tão frágil como é a nossa.

No que tange ao capítulo intitulado “O embate institucional entre os Poderes da República”, os debates foram erguidos a respeito da visão deturpada e midiática das decisões tomadas pelo STF e a questão do discurso de ódio proferido às Instituições Constitucionais, e, também sobre as decisões monocráticas do Supremo e a tentativa de seu tolhimento por meio da Proposta de Emenda Constitucional por parte do Senado, qual seja, a PEC 08/2021, que tem por finalidade limitar as decisões monocráticas proferidas pelos Tribunais do país, inclusive as decisões proferidas pelo STF, exigindo que determinados temas sejam julgados apenas pelo colegiado.

Também nesse capítulo, foi trazido à luz do debate a ação intervencionista dos Poderes Majoritários em relação às práticas do Supremo Tribunal Federal, com o exemplo da PEC supracitada como ação determinante de limitação e a sensibilização nas relações entre os poderes majoritários e o STF, que, por sua vez, desenvolve seus processos decisórios por meio de reações na medida que promova a mitigação da crise contramajoritária, como a autorrestrição.

E, nessa perspectiva, toma-se por entendimento a ação estratégica dos juízes da Corte em relação ao desenvolvimento de decisões que possam confrontar as relações político-jurídicas que, porventura, impliquem na alteração do equilíbrio das esferas de Poder que estabelecem o Estado Democrático de Direito. Diante desse contexto, vê-se, por fim, que as Cortes Supremas se inclinam à sua reestruturação rumo à promoção das relações salutaras com os demais Poderes Majoritários e o afastamento das ações desses Poderes que possam incidir nas intervenções que proclamem limitações da autonomia judicial do STF.

Com relação às intervenções inconstitucionais à ação contramajoritária do STF, foi possível inferir que, tais ações, em suma, ocorrem como forma de represália por parte dos

Poderes Legislativo e Executivo, em que pese afetar as decisões monocráticas e comprometer o substancialismo que venha fomentar o ativismo judicial e, que porventura, ocorra nos trâmites dos julgamentos da Corte no que tange a temas específicos, convergindo com o intuito de não contrariar os princípios da Colegialidade, do Duplo Grau e do Juiz Natural.

Entretanto, diversos juristas abordam a questão das decisões monocráticas como ações constitucionais, tendo em vista que estas conclamam o Princípio da Economia Processual, havendo, inclusive, a oportunidade da parte que não concordar com determinada decisão, interpor o recurso cabível, a exemplo do Agravo Interno. Desse modo, destaca-se aqui a importância dos Poderes se distanciarem de embates que agregam mais ônus ao sistema, ao Estado Democrático de Direito e a sociedade.

A celeuma entre os Poderes pode decorrer de uma série de eventos que distanciem cada vez mais os referidos e com isso afetar seus princípios concernentes à autonomia e harmonia, como todo impulso informacional negativo de desinformação, inverdades, fake news e discurso de ódio que culminaram no fatídico ataque de cunho golpista e antidemocrático de 08 de Janeiro de 2023, que tentou suprimir a legitimidade dos Três Poderes e limitar os avanços nos processos e nas ações que visem a proteção das Garantias e Direitos Fundamentais.

No tocante ao capítulo intitulado “A atuação contramajoritária do STF e os Institutos Legitimadores”, ocorreu o debate a respeito do estudo acerca da atuação do STF, em relação aos demais Poderes da República, como também, no que diz respeito à participação popular, com o fito de legitimar a atuação do STF para a garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais.

Buscou-se demonstrar que alguns direitos podem ser reavaliados, pois as modificações sociais ocorrem com o passar dos anos, e, o legislador não conseguiu prevê-las há quase quarenta anos atrás, incorrendo assim, numa omissão legislativa em que alguns direitos da nova geração não puderam ser abarcados. Diante disso, ocorre a busca pelo abarcamento legal das novas gerações, o que não necessariamente trata-se de um ativismo, mas sim de uma regulamentação de acordo com os tempos atuais. Nesse contexto, o exercício da Jurisdição

Constitucional, tem como fator primordial garantir os anseios daquela sociedade de forma interpretativa com o fito de ampliar os Direitos e Garantias fundamentais e não de tolhe-los.

Nesse contexto o STF tem a obrigação Constitucional de garantir e proteger tais direitos e garantias, mas não só garantir de forma abstrata e sim concreta, como posto pela constituição e como esperado pela sociedade.

No tocante a legitimação de atuação do STF como Poder Contramajoritário, tem se observado cada vez mais um entrelaço, ainda acanhado, com a participação popular, com a realização de audiências públicas, participação do *amicus curie*, Ministério Público, advocacia e especialistas nas matérias que estão sendo discutidas naquela Corte com a finalidade de dar maior legitimidade as suas decisões e atender aos anseios sociais de determinadas classes ou povos da sociedade, porém é necessário aferir a funcionalidade dos mecanismos de escolha, da condução e qual o critério utilizado para participação para que não transpareça qualquer dúvida para a sociedade, no tocante aquela temática, referente a legitimidade da decisão quer for proferida.

Por fim no tocante A Legitimidade Democrática Da Jurisdição Constitucional Na Concretização Dos Direitos Fundamentais, é necessário a funcionalidade de tais Direitos. Neste sentido, a efetividade da prestação jurisdicional deve levar em conta tanto a facilitação do acesso à Jurisdição, como também a capacidade de prestação do Estado no tocante a tutela jurisdicional, com a necessária aplicação imediata de tais Direitos dentro de uma conjuntura de Atos atentatórios dos demais Poderes contra os mesmos, desde a ação de fazer ou até mesmo a omissão. O Judiciário não pode quedar-se inerte, ele tem, pois, a necessidade de prover o direito, contudo não se pode ultrapassar os limites preestabelecidos na Constituição.

Trazemos então uma conjectura a respeito das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPFs, as quais têm sido cada vez mais recorrente o uso delas pelos Jurisdicionado frente as omissões legislativas e a falta de políticas públicas. Facilitando assim o acesso de alguns grupos ou minorias ao Judiciário e com isso a busca de melhorias políticas e sociais, visando aquilo que está previsto na Constituição de 1988, que é a afirmação das garantias e direitos fundamentais de forma legítima, o que se pode inferir das propostas das ADPFs 347, 976, 636 e 973, acima relatadas.

Conquanto haja uma contundente organização da sociedade em relação à sua consciência acerca de seus Direitos Fundamentais, e as ADPFs tenham nas suas formulações o objetivo de concretizar as Garantias e os Direitos Fundamentais do cidadão previstos no texto constitucional, além dos remédios heroicos, vale considerar a indigência que tange ao debate sobre o estado de abstração da interpretação jurisprudencial que influi direta ou indiretamente nas decisões proferidas pelas Cortes Supremas. Para além das influências que delineiam o estado de abstração da interpretação jurisprudencial, têm-se as possíveis insatisfações dos requerentes quanto aos resultados das decisões, que, nem sempre, irão contemplá-los, mas, que, sempre deverão cumprir a legalidade de forma coesa com o texto Constitucional.

E nesse sentido é de suma importância que devem coexistir ações entre os Poderes da República que dinamizem de forma concomitante a efetivação do papel do Estado como organizador, mantenedor e concretizador do processo de edição de normas que possam consolidar a atuação da proteção as Garantias e Direitos Fundamentais, estabelecidos constitucionalmente. Entretanto, ressaltamos aqui que, embora possam ocorrer tais ações entre os Poderes ou de cada Poder, ocorrem falhas na pronta execução de tais ações, mais especificamente desenvolvidas ou de dever jurídico do Poder Executivo, além da omissão legislativa em alguns casos e que culminam no descumprimento das garantias e dos direitos fundamentais à sociedade, o que, por sua vez, reflete a inconstitucionalidade do trato do referido Poder em questão, para com a sociedade e com isso uma atuação mais acentuada do Poder Judiciário.

Diante dessa instância, as ADPFs tramitam a partir das denúncias das falhas ou omissões que derivam das estruturas de atuações do Executivo, como também do legislativo, contudo, vale frisar que não cabe ao Poder Judiciário abarcar o papel de executor das ações de dever do Executivo, tampouco do Legislativo, cabendo-lhe, pois, o papel de fiscalizador das ações do Estado, distanciando-se assim, do infame rompimento do Princípio da Constitucionalidade, assumindo com destreza seu papel previsto como guardião das Garantias e Direitos Fundamentais, dentro de seu aspecto independente, autônomo e legítimo.

Contudo, percebe-se que, o Judiciário recorre a estratégias complementares assentados à sua expansão jurisprudencial, no sentido de abranger sua face intrépida às questões políticas e aos núcleos intáteis das funções praticadas pelo Executivo, quando, o Judiciário na figura do

STF, impõe a declaração de estado de coisas inconstitucional, ao detectar as deficiências nas Políticas Públicas que não conseguem efetivar as Garantias e os Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição.

Vale ressaltar que os Princípios vinculados à Constituição não devem ser utilizados de forma deliberada, em que pese manter, paradoxalmente, o próprio Princípio da Legalidade. O uso desregulado desses Princípios pode, inclusive, prejudicar o pleito democrático, tendo em vista o fato desse uso não possuir base legal, tão somente podendo o Judiciário utilizar os Princípios, em casos de omissões e negligências do Legislativo para garantir aquele Direito Fundamental previsto.

Dentro dessa esfera, entendemos então que a interferência, por assim dizer, do Judiciário às modalidades relativas ao Executivo, se dão pela constatação da falha no sistema e no papel do Executivo no cumprimento de suas atribuições, sobretudo, no que diz respeito ao atendimento dos anseios populares, com a detecção de negligências e omissões por parte deste Poder nas ações de promoção e execução das Garantias e Direitos Fundamentais, e, com base nisso, o Judiciário expande sua ação sobre o Executivo tendo como pressuposto o Princípio da Inércia acometido pelo Executivo, de modo que o Poder Judiciário, através da ação diretiva do STF como das Garantias e dos Direitos Fundamentais, como consta nos artigos 5^a, III, e no art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Diante dessas leituras de cenários, é possível inferir que há uma eminente e imperativa necessidade de efetivação do diálogo institucional entre os Poderes da República, destacando o intuito de abarcar as demandas quais se mostrem necessárias ao devotado cumprimento do que prevê a Constituição a respeito da legitimação das Garantias e dos Direitos Fundamentais. E, desse modo, através desse diálogo institucional, tende a ocorrer a maturidade do Estado Democrático de Direito, que automaticamente beneficia a sua sociedade, que, por sua vez, tende a confiar nos Poderes que a representam, no caso do Executivo e do Legislativo, e que a protegem, no caso do Judiciário, emponderando-se de suas Garantias e Direitos Fundamentais por meio dos dispositivos constitucionais, porém sem uso desenfreado de princípios, mas sim aplicando-se o que está previsto na Norma Constitucional de maneira apenas a adaptar àquela realidade social, sem distorcer a essência dos comandos.

Assim, diante do supra exposto, constata-se que, para que haja um concreto cumprimento aos Direitos e Garantias Fundamentais, deve a Jurisdição Constitucional permanecer avançando longitudinalmente, considerando, contudo, a maturação do diálogo institucional entre os Poderes da República, e, dessa forma, trabalhando na mitigação de invasões de competência entre tais Poderes. Cabe aqui frisar que, deve haver também a maturidade por parte dos Poderes Majoritários, quanto a interferência de ações contramajoritárias do Judiciário, quando do descumprimento dos papéis dos demais poderes no atendimento à sociedade, que está sempre se reformulando dentro de um contínuo espaço e tempo, e que, exige dos Poderes, a adequação às suas transformações, dentro do espectro constitucional da legitimação das Garantias e Direitos Fundamentais.

Caso inexista a efetivação do atendimento ou até mesmo do diálogo, o que, ocorre constantemente, pois nem sempre aquelas minorias ou majorias têm representantes no Congresso, o Judiciário, especificamente o STF, guardião da Constituição, precisa garantir, quando acionado pelo Jurisdicionado, diante do seu dever legal, desde que, sem o cometimento de abusos, autoritarismo e aplicação de Princípios de forma indeterminada, que é o que se espera em um Estado Democrático de Direito, garantindo desta maneira a lei, a ordem e o bem-estar comum, com a devida efetividade, de fato, dos Direitos Fundamentais, até mesmo em decisões monocráticas quando a ilegalidade estiver visível.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. Ed. Atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- AGÊNCIA SENADO. Ataques de 8 de janeiro tiveram reflexo na agenda legislativa em 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/01/05/ataques-de-8-de-janeiro-tiveram-reflexo-na-agenda-legislativa-em-2023>.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVIN, José Eduardo Carreira. Decisão monocrática nos tribunais e recurso de agravo interno. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 20, 2004, p. 29-31.
- ARENDT, H. A crise na educação. In: **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- ARENDT, H. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDT, H **A condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009a.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*. n.4. Brasília: OAB Editora, 2009b. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Trinta anos da Constituição: a República que ainda não foi. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W (Coordenadores). **Processo Constitucional**. 2. ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). 2005. Disponível em: https://cesmac.edu.br/admin/wp-content/uploads/2020/02/BARROSO-neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf . Acesso em: 02 jun 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 142, n. 36, 1999.

BERMAN, Harold J. The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale. *The Yale Law Journal*, vol. 103, n. 07, 1994, p 1651-1738.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**; tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 17 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** (filosofia e metodologias jurídicas). Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro, Forense. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONSAGLIA, Mário Luiz. **Crise dos Poderes da República: Judiciário, legislativo e executivo**/LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio, JÚNIOR, Nelson Nery (coordenadores). São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2017.

BONSAGLIA, Mário Luiz. **Crise dos Poderes da República: Judiciário, legislativo e executivo**/LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio, JÚNIOR, Nelson Nery (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio, 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acessado em 22. 01. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 635. Relator: Min. Edson Fachin. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 973. Relator: Min. Luiz Fux. 2023.

BRITO, Jaime Domingues; DE OLIVEIRA, Flávio Luis. A convergência do sistema da civil law ao da common law e a concretização dos direitos. *Intertemas*, vol. 13, 2008.

CABRAL, Thiago. **O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição**. Canal Ciências Criminais. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdiacao/>. Acesso em: 10 jun. 2022

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira*. Salvador, BA, n. 17, 2008-2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 66, 1990.

CARDOSO, Oscar Valente. **Decisões monocráticas nos tribunais: exceção ou regra?** EMAGIS - Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região. Porto Alegre. 2022.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Jurisdição Constitucional**: em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. vol. 1/LEITE, George Salomão (coordenador). São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos**: art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAVALCANTE-FILHO, J. T. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V.1, Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V.2, Campinas: Bookseller, 1998.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minn. Law Review*. vol. 91, 2006, p. 1752.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, vol. 4, n. 15, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FANIS JÚNIOR, José Tadeu. A batalha entre os Poderes no Estado constitucional contemporâneo Crise da democracia e o paradigma da separação dos Poderes. *RIL Brasília*, vol. 60, n. 238, 2023, p. 59-77.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FOLHA. Ataque a democracia. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha-topicos/ataque-a-democracia/>. Acesso em: 20.01.2024.

FOLHA. Violência desmonta discurso sobre atos pacíficos e cria curto circuito na base de Bolsonaro. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/11/violencia-desmonta-discurso-sobre-atos-pacificos-e-cria-curto-circuito-na-base-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 20.01.2024.

FOLHA. Bolsonaristas sobem em teto do Congresso e PM reage com bombas. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/01/bolsonaristas-sobem-em-teto-do-congresso-e-pm-reage-com-bombas.shtml> Acesso em: 20.01.2024.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 4. ed. Trad. Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, vol. 16, n. 119, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRECO, Rogério, **Sistema Prisional, colapso atual e soluções alternativas**. 5.. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Morale - Diritto - Politica**. Trad. Leonardo Ceppa. Torino, Einaudi. 1992.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Principies de la philosophie du droit**. Trad. Jean-François Kervégan. Paris, Presses Universitaires de France/PUF. 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOGG, Peter W; BUSHELL, Alisson A. The Charter Dialogue between Courts and Legislature (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n.1, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed., trad. João Baptista Machado. Coimbra, Editor Aménio Amado. 1979.

KELSEN, Hans.. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 1992.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *In; California Law Review*, vol. 2, n. 5, 2004, p.1441-1477.

KÖHLER, Marco Vicente Dotto. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional, dificuldade contramajoritária do poder judiciário e conflito intergeracional. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, vol. 5, n. 01, 2017, p. 215-227.

LEITE, Glauco Salomão. Poder Judiciário Legislador? *In: Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERI JÚNIOR, Nelson (Coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações*

Constitucionais [online], vol. 5, n. 1, 2018. pp. 221-247. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55990>. Acesso em: 20.01.2024.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARÍ, Enrique. La interpretación da la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexos com el processo codificador de la modernidade. In: MARÍ, Enrique *et al.* **Materiales para uma teoria crítica del derecho**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

MARÍ, Enrique. **Materiales para uma teoria crítica del derecho**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, vol. 57, n. 380, 2009, p. 45- 50.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão de recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. Vol 1. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINUZZO, José Antonio et al. Terrorismo, ciberterritórios, fake news e o fenômeno das massas" instrumentárias". *Liinc em Revista*, vol. 19, n. 1, 2023, p. e6238-e6238.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília, UnB, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Marcelo José G; NEVES, Cícero Robson C.; FACURI, Antonio Carlos G.; GORRILHAS, Luciano Moreira. Engenheiros do caos e o direito penal do novo inimigo. *Revista do Ministério Público Militar*, vol. 50, n. 39, 2023, p. 389-408.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas do CPC em Matéria de Recursos Cíveis. *Revista da EMERJ*, vol.4, n.13, 2001.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Editora *JusPodivm*, 2021.

NERI JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais**: teoria dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

PELICIOLI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 44, n. 174, 2007, p. 35-47.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: A Visão dos Magistrados. Bresser Pereira, J. Wilhelm and L. Sola (eds.), **Sociedade e Estado em Transformação**, UNESP. 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil - homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A.. The rise and fall of judicial self-restraint. *California Law Review*, Berkeley, vol. 100, n. 3, 2012, p. 519-556.

POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence (Part I). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 2, n.02, 2002, p.155-180.

POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence (Part II). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 3, n.01, 2003, p.01-28.

PUBLISHING, Peter Collin. **The Dictionary Of Law**. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing Ltd, 2000.

RAIS, Diogo (Coord.). **Direito Eleitoral Digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REZER, R. Banalidade do Mal, produção e veiculação de discursos de ódio: e a Universidade com isso? *Revista de Ciências Humanas*, vol. 22, n.1, 2021, p. 101-123.

ROCHA, Felipe Borring. **Princípio da jurisdição equivalente**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RUEDIGER, Marco. BOTS E DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO.pdf. Rio de Janeiro. FGV, Dapp, 2018. Disponível em:
<[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/26227/Bots_Direito_Eleitoral_eleicoes_2018 %281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/26227/Bots_Direito_Eleitoral_eleicoes_2018%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.

RÜTHERS, Bernd. **Rechtstheorie**. 2. ed. München, C. H. Beck. 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria Da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Richard. Anti-racist perceptions about the 2023 anti-democratic acts in Brazil. *Journal of Latin American Communication Research*, vol. 11, n. 1, 2023, p. 49-60.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHLEE, Andrey Rosenthal. Sem Democracia não há Patrimônio. *Revista Projetar-Projeto e Percepção do Ambiente*, vol. 8, n. 1, 2023, p. 08-13.

SILVA, Alexandre Vitorino, **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Kayo César Araújo da, **Entre a Cruz e a espada. O Supremo Tribunal Federal diante do Presidencialismo de coalizão e da judicialização da Política**. Salvador: JusPodivm, 2020.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SIMPSON, A. W. B. English Common Law. In: NEWMAN, P. (ed), **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, Macmillan London, vol 2, 60, 1998.

SIMPSON, A. W. B.. **Legal Theory and Legal History**: Essays in the Common Law. Ed. Hambledon Press London, 1987.

SOKAL, Guilherme Jales. **O julgamento colegiado nos tribunais**: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo. São Paulo: Método, 2012.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito Gv*, São Paulo, vol. 13, n. 1, 2017, p. 236-273.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Atlas, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Representation and deliberation: Does every vote have the same influence in the voting process of civil associations? *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 41, n. 2, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursiva. 5.ed, versão comentada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*, São Paulo. Revista dos Tribunais, vol. 80, 1995, p. 124-146.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O sistema jurídico positivo e o impacto da era das reformas legislativas. In: **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TRINDADE, André Karam, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Crise dos Poderes da República: Judiciário, legislativo e executivo**/LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio, JÚNIOR, Nelson Nery (coordenadores). São Paulo: *Revista Dos Tribunais*, 2017.

TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? *Dissent*, vol. 52, n. 2, 2005, p. 59-63.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton University Press, 2009.

TUSHNET, Mark. **New institutional mechanisms for making Constitutional Law**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2 abr. 2015. Disponível em: Acesso em: 4 out. 2015.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VIRIATO, Camilla. Significado de decisão monocrática - Novo CPC. **Dicionário Jurídico**. 2022.

WHITTINGTON, Keith E. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n. 3, p. 446-474, 2003, p. 446-447.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoria general de la interpretación jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid, Civitas. 1985.

XARÃO, J. F. L. Banalização da “Banalidade do Mal”. *Pensando - Revista de Filosofia*. vol. 8, n.15, 2017.