



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ**

RAFAEL BARBOSA DAMASCENO

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DOUTRINA DO
NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA FORMA
DE INGRESSO DOS MINISTROS DA SUPREMA CORTE**

Santa Rita – PB

2021

RAFAEL BARBOSA DAMASCENO

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DOCTRINA DO
NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA FORMA
DE INGRESSO DOS MINISTROS DA SUPREMA CORTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial
da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Dr. Ronaldo Alencar
dos Santos

Santa Rita – PB

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

D155s Damasceno, Rafael Barbosa.

A separação dos poderes e a doutrina do neoconstitucionalismo: uma análise a partir da forma de ingresso dos ministros da Suprema Corte / Rafael Barbosa Damasceno. - Santa Rita, 2021.
70 f.

Orientação: Ronaldo Alencar dos Santos.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Teoria dos três poderes. 2. Neoconstitucionalismo.
3. Poderes - equilíbrio - Brasil. I. Santos, Ronaldo Alencar dos. II. Título.

UFPB/CCJ-SANTARITA

CDU 34

RAFAEL BARBOSA DAMASCENO

**A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DOCTRINA DO
NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA FORMA
DE INGRESSO DOS MINISTROS DA SUPREMA CORTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial
da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Dr. Ronaldo Alencar
dos Santos

DATA DA APROVAÇÃO:

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho
(EXAMINADOR)**

**Prof. M.e. Wendel Alves Sales Macedo
(EXAMINADOR)**

Dedico este trabalho a Deus, fonte inesgotável de graças, responsável maior por mais esta conquista, e a minha família, sustento terreno do meu espírito.

AGRADECIMENTOS

Há aproximadamente 10 anos atrás, eu cursava, simultaneamente, dois cursos na área de exatas: Engenharia Ambiental na UFPB e Geoprocessamento no IFPB. Foi quando recebi a notícia que seria pai. Muito novo e sem sustento financeiro próprio, não consegui absorver toda aquela responsabilidade. Ainda me lembro da fala do meu pai, na qual dizia que eu teria que fazer em 2 anos, tudo aquilo que antes eu faria em 10, mas com a ressalva de que ele sempre estaria ali para me ajudar. Isto serviu tanto de impulsionamento como de suporte. Sem nem pedir, Deus me iluminou. Larguei o curso de engenharia, embora tenha finalizado em tempo recorde o curso de geoprocessamento. Com isto, mergulhei no mercado de trabalho para sustentar minha família.

Comecei a trabalhar. O salário não era lá essas coisas e o trabalho era muito. Contudo, precisava crescer, o meu pensamento ainda era de um jovem que almejava o sucesso profissional. Mudei o foco, não me via mais como engenheiro, aliás nunca me enxerguei assim. Na busca por uma carreira, criei uma verdadeira admiração pelo Direito. Então, fiz o antigo PSS e passei em Direito na UFPB. Que alegria! Mas era muito trabalho para conseguir se capacitar em paralelo. Cheguei a trabalhar, em dois empregos diferentes, de 15 a 17 horas ao dia, durante um mês. Fadigado, não aguentei e pedi para sair de um deles. Quando do pedido de demissão, já me foi ofertado outro emprego com carga horária reduzida, o que diminuiu de 15 horas para uma média de 12 horas por dia. Aceitei, mas prejudiquei minha estada no universo do direito. Tranquei a faculdade, o plano era passar em um concurso para voltar a estudar. Passei em alguns concursos, mas o trabalho ainda não me permitia voltar a estudar. Até que tentei, matriculei-me, assisti à algumas aulas, mas o cansaço não me deixou prosseguir. Tranquei novamente e, desta vez, acabei por ser jubilado.

Não tinha perspectiva de voltar a estudar em uma universidade, muito menos em um curso como direito. Acreditava que minha oportunidade teria passado e que agora Deus guiaria meus passos para algum lugar diferente. Acertei em parte! Em verdadeira obra divina, testemunhada por mim e minha mãe, Deus concede-me uma vaga em um concurso público, que me garante independência financeira, além de tempo para me dedicar novamente ao direito. Devido a este milagre em minha vida, submeto-me ao, agora, ENEM, e consigo, pela segunda vez, ser aprovado no curso de Direito pela UFPB.

Dessarte, este trabalho vem consagrar uma trajetória buscada a duras penas, que foram divinamente aliviadas, ao ponto de o discurso ser mais difícil do que as lembranças, as quais somente me remetem às graças alcançadas pelo caminho.

Sendo assim, agradeço, acima de tudo, a Deus, por minha vida e da minha família, e por Ele ter se demonstrado a mim, embora eu seja tão pequeno. À Nossa Senhora – minha mãezinha - intermediadora de todas as graças distribuídas e advogada nossa, pela graça de alcançar mais esta conquista. E ao meu anjo da guarda, que me guiou durante todo este percurso, sempre na direção da verdade e da vida.

Em segundo lugar, agradeço aos meus pais, Carlos Augusto Medeiros Damasceno e Maria Goretti Barbosa Damasceno, por tudo que abdicaram na vida por mim, por todo amor, paciência e educação que me foram dados a nível de excelência e a troco de nada. Ao meu pai, meu herói, toda a minha admiração e à minha mãe, minha rainha, todo o meu amor. Obrigado por tudo! Sem vocês não teria conseguido mais esta conquista.

Agradeço também à minha família, primeiro em nome da minha esposa, Jessyka Crispim de Souza. Durante toda a história supracitada, você foi meu alicerce, fundamental para atingir esta conquista. Crescemos e amadurecemos juntos durante tudo isso. Minha história está laçada com a sua, de tal forma, que todos os meus passos se confundem com os teus, e esta conquista, na verdade é nossa conquista. Obrigado pela parceria infalível nesta nossa escolha de vida a dois. Te amo!

À minha filha Maria Julia, minha princesa, presente de Deus, por ser a causa da minha transformação para o homem que hoje eu sou. Ao meu filho, Mateus, meu príncipe, por ser causa de consolidação da minha família. É para vocês todo o meu amor e todo o meu esforço.

À minha irmã, Natália, que sempre foi exemplo de perfeição para mim. Nela, estendo meu agradecimento ao meu cunhado, Durval, e ao meu sobrinho, Bernardo. A certeza de que vocês sempre estarão ao meu lado é suficiente para ultrapassar todas as barreiras e consolidar todos os meus objetivos.

Aos meus avós paternos, Cândido e Zica, os quais, ambos, já residem na morada eterna, mas me deixaram meu exemplo maior de sabedoria – meu pai – e lembranças de puro amor que até hoje guardo comigo. Aos meus avós maternos, Inaldo e Marinete, também agradeço. A vovô Inaldo eu dedico este trabalho. Agradeço a ele por todos os ensinamentos e conversas, todas as histórias contadas, as quais me lembro de todas, e por ser um exemplo de homem verdadeiro, honesto e trabalhador. À vovó Marinete agradeço por todo o amor, cuidado e carinho que sempre teve para comigo. A senhora é minha segunda mãe. Te amo! Agradeço também à Baía, minha terceira avó, por todo amor à minha família.

Aos meus tios, tias, primos e primas, que sempre fizeram parte da minha vida, meu muito obrigado!

Aos meus professores, por todo esforço despendido em prol do meu crescimento intelectual e profissional. Obrigado! Em especial, aos professores Valfredo e Wendel, na condição de examinadores, e ao professor Ronaldo, meu orientador, que selam comigo esta etapa final. Em nome de vocês agradeço a todo corpo docente, grandes mestres da Universidade de Direito da Paraíba, campus Santa Rita.

Por último, mas não menos importantes, agradeço a todos meus amigos de vida. Em especial, aos meus companheiros nesta longa estada de 5 anos no mundo do Direito, os quais cito em especial, Nícollas, Nélia, Emanuel, Joílson, Ary, Bruninha. Em nome de vocês, agradeço a todos colegas que fizeram parte desta caminhada, os quais tenho grande carinho e admiração. Digo ainda mais, que esta etapa que compartilho com vocês não é o fim, mas somente o começo de uma longa jornada juntos.

RESUMO

O objetivo desta monografia é analisar a compatibilidade entre o ideário político fundante do princípio da separação dos poderes e a nova doutrina do neoconstitucionalismo, à luz da realidade brasileira, no que tange a forma do ingresso dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, efetuou-se uma pesquisa para analisar o equilíbrio dos três poderes da república brasileira, comparando a ideia original com a perspectiva da nova doutrina neoconstitucionalista, a qual é empoderada, na prática, pela característica analítica da Constituição e impactada pela forma de investidura dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Isto porque o princípio da tripartição dos poderes é uma das ideias fundantes na república brasileira. Qualquer doutrina posterior que não vise a consonância com a base fundamental estará pervertendo a ordem posta e condenada a se desvirtuar. Desta forma, é imprescindível analisar o neoconstitucionalismo e os fatores da estrutura política brasileira que estarão a ela correlacionados, e qual o nível de convergência deste amálgama para com a cláusula pétrea da separação dos poderes. Tal investigação utilizou-se de pesquisa do tipo bibliográfica, pautada em livros, artigos, demais produções acadêmicas, jurisprudências e legislações. Obteve-se como resultados a identificação de uma divergência axiológica da concepção original da teoria dos três poderes e a doutrina do neoconstitucionalismo, no que concerne a atuação do poder judiciário; a compreensão de um empoderamento ainda maior do Judiciário no contexto neoconstitucional, devido à adoção de uma Constituição do tipo analítica; e a possibilidade de uma Suprema Corte brasileira, elevada ao poder máximo da ordem, composta por ministros sem a devida independência e capacidade para atender tal notoriedade e responsabilidade social. Dessarte, concluiu-se que o princípio da separação dos poderes e o neoconstitucionalismo são doutrinas dissonantes, embora coabitem na mesma ordem política, onde a última é fortalecida pela realidade jurídica brasileira e, conseqüentemente, desvirtua o equilíbrio dos poderes originariamente pensado e inserido na Carta Magna de 1988. Logo, é imprescindível uma reformulação da ordem posta, estabelecendo bases consonantes com o espírito jurídico.

Palavras-chaves: Teoria dos três poderes. Neoconstitucionalismo. Equilíbrio.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to analyze the compatibility between the political ideals underlying the principle of separation of powers and the new doctrine of neoconstitutionalism, in the light of the Brazilian reality, with regard to the form of admission of ministers to the Supreme Court. Therefore, a research was carried out to analyze the balance of the three powers of the Brazilian republic, comparing the original idea with the perspective of the new neoconstitutionalist doctrine, which is empowered, in practice, by the analytical characteristic of the Constitution and impacted by the form of investiture of the ministers of the Supreme Federal Court. This is because the principle of the tripartition of powers is one of the founding ideas of the Brazilian republic. Any later doctrine that does not aim at consonance with the fundamental basis will be perverting the order placed and doomed to pervert. Thus, it is essential to analyze neoconstitutionalism and the factors of the Brazilian political structure that will be correlated with it, and what is the level of convergence of this amalgamation with the entrenched clause of the separation of powers. This investigation used bibliographical research, based on books, articles, other academic productions, jurisprudence and legislation. The results obtained were the identification of an axiological divergence from the original conception of the theory of the three powers and the doctrine of neoconstitutionalism, regarding the performance of the judiciary; the understanding of an even greater empowerment of the Judiciary in the neoconstitutional context, due to the adoption of an analytical-type Constitution; and the possibility of a Brazilian Supreme Court, elevated to the highest power of the order, composed of ministers without the proper independence and capacity to meet such notoriety and social responsibility. Thus, it was concluded that the principle of separation of powers and neoconstitutionalism are dissonant doctrines, although they coexist in the same political order, where the latter is strengthened by the Brazilian legal reality and, consequently, distorts the balance of powers originally thought and inserted in the Charter Magna from 1988. Therefore, it is essential to reformulate the established order, establishing bases consonant with the legal spirit.

Keywords: Theory of three powers. Neoconstitutionalism. Balance.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A TEORIA NEOCONSTITUCIONAL	15
2.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	17
2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	18
2.2.1 DAS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS DO ESTADO E DO DIREITO CONSTITUCIONAL	19
2.2.2 DAS MUDANÇAS TEÓRICAS: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, A EXPANSÃO JURISDICCIONAL E O DESENVOLVIMENTO DE UMA NOVA DOGMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	25
3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL	30
4 A INVESTIDURA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	39
5 A TEORIA DOS TRÊS PODERES E O NEOCONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA .	43
5.1 A OPÇÃO POR UMA CONSTITUIÇÃO ANALÍTICA NO NEOCONSTITUCIONALISMO	48
5.2 <i>ARGUMENTUM AD HOMINEM</i> DOS MINISTROS DA SUPREMA CORTE	49
6 CONCLUSÃO	52
7 REFERÊNCIAS	55
APÊNDICE A - Disposição dos temas tratados pela parte dogmática da Constituição Federal de 1988.....	60
APÊNDICE B - Mudanças na quantidade de artigos da Constituição Federal de 1988	63
APÊNDICE C - PEC, cujo conteúdo requer a alteração do atual modelo da Suprema Corte brasileira	64
ANEXO A - Histórico do controle jurisdiccional no Brasil.....	70

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como propósito analisar a compatibilidade entre o ideário político fundante do princípio da separação dos poderes e a nova doutrina do neoconstitucionalismo, à luz da realidade brasileira, no que tange a forma do ingresso dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O sistema tripartite brasileiro foi influenciado, tendo como referência maior, o aparato institucional dos Estados Unidos da América (EUA). Na fundação da República brasileira, Rui Barbosa, um dos expoentes na instauração da Constituição republicana de 1891, foi criticado por possuir ideias copiadas da Constituição americana e não fugiu às críticas, no artigo “Deus nos dê a pachorra”, sustentou que “todas as reformas são cópias ou adaptações da experiência efetuada noutros tempos por outros povos” (BARBOSA, 1889 apud ALVES, 2020, p. 37). Foi, então, com a criação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24 de fevereiro de 1891, que se consagraram algumas das ideias importadas do modelo político americano, como a federação, o regime representativo, o governo presidencial e, em seu artigo 15, o princípio da tripartição dos poderes. Este último ponto chave no presente trabalho.

Os americanos, por sua vez, possuem tradição no *Common Law*, proveniente da cultura inglesa, posto que foram colônia do Reino Inglês, ícone desta forma de pensamento. Não obstante, os EUA possuem também profundas e significativas influências do *Civil Law*, fruto do pensamento de seus eminentes *Founding Fathers*, como o exemplo de Benjamin Franklin, embaixador dos Estados Unidos da América na França à época; Thomas Jefferson, terceiro Presidente americano, redator e coautor da Declaração de Independência, de 1776; John Adams e tantos outros, fato que confere ao pensamento francês iluminista um lugar de destaque na gênese da nação americana. Dentre as ideias que se consolidaram na França e foram absorvidas pelos EUA está a separação dos poderes de Montesquieu, cujo valor é sustentáculo do ordenamento político brasileiro.

Em paralelo, a sociedade jurídica vive uma transição de pensamento e representa a derrocada da hermenêutica jurídica positivista, o neoconstitucionalismo. Esta doutrina do direito possui três grandes transformações: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2005). Em outras palavras, ela toma como premissa que a Constituição é a *lex mater* do ordenamento jurídico. A ela estão sujeitas as outras leis pelo instituto do controle de constitucionalidade, cujo objetivo tem de adaptar a nova lei ou ato ao ordenamento jurídico vigente. A supremacia da Constituição Federal foi dada

pelo Poder Originário Constituinte e nenhum dos poderes instituídos pode superar o ideal constitucional, senão por outra Constituição. Cabe aos ministros do Supremo a salvaguarda do ordenamento jurídico presente estabelecido pelo constituinte, como “co-participante do processo de criação do direito” (BARROSO, 2015, p. 12), através do uso de uma hermenêutica mais ampla, sistemática, evidenciando o caráter normativo dos princípios constitucionais.

A nova doutrina tem, portanto, transfigurado o caráter político da Constituição, atribuindo-lhe o *status* de norma jurídica. Ou seja, os anseios constitucionais não mais ficam à mercê da discricionariedade do legislativo, agora são guardados pela técnica jurisdicional, fato que sobrepõe o poder Judiciário aos outros poderes e empodera, naturalmente, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder judicante, responsável pela decisão final dos temas referentes à Constituição.

Partindo desse pressuposto, uma forma de limitar o poder da Suprema Corte brasileira seria a limitação dos temas constitucionais. Para exercer o controle de constitucionalidade, faz-se necessário o estabelecimento de uma mácula à norma ou valor constitucional, só assim ensinaria a ação do poder desta Corte sobre uma normativa ou ato infraconstitucional. Todavia, o Brasil está regido por uma Constituição do tipo analítica, a qual abrange grande parte dos temas sociais, possibilitando a devida apreciação da Suprema Corte sobre todos eles, fortalecendo-a ainda mais. Não só isso, a ligação com a Lei Maior pode ser suscitada através do resgate dos princípios e valores constitucionais, não se atendo somente à norma positivada. Para culminar, a Constituição de 1988 é também do tipo dirigente, ditando diretrizes que o Estado brasileiro deve efetuar-las, o que ensina a competência de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal, para impor ao Estado brasileiro uma ordem de fazer, devido à omissão do mesmo.

Tal poder atribuído à Suprema Corte ainda merece uma outra reflexão: o método utilizado no Brasil para escolha dos ministros do STF sofre duras críticas em diferentes frentes. Critica-se a deficiência democrática na escolha dos ministros, o prazo ilimitado dos mandatos, os termos genéricos como condição constitucional para assumir o cargo, relativos ao notório saber jurídico e à reputação ilibada, e a possibilidade de qualquer cidadão, se escolhido pelo Presidente da República e devidamente aprovado pelo Senado Federal, vir a ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal. Dito de outro modo, qualquer cidadão pode ser alçado à função mais importante do Estado brasileiro, se observado o rito formal e ressaltado o critério referente à idade. Logo, o Brasil está entregando o suprassumo do seu poder constitucional a um método que tanto não busca o fundamento democrático em sua essência, como não visa a escolha dos

mais capacitados. Esta forma de ingresso dos ministros do STF é fruto também do modelo americano.

Então, a acepção do neoconstitucionalismo pelo Brasil deve ser analisada à luz da realidade brasileira, a qual possui uma Constituição do tipo analítica e possui uma forma ingresso dos ministros do STF bastante contestada. Tal apreciação, após finalizada, deve ser submetida a um exame quanto à consonância para com o princípio da separação dos poderes, afim de analisar o equilíbrio dos poderes nesse contexto e a efetividade do sistema dos freios e contrapesos no ordenamento político brasileiro. Destarte, este trabalho pretende ponderar a respeito da seguinte indagação: com a adoção da doutrina neoconstitucionalista à realidade jurídica brasileira, é possível manter o equilíbrio entre os poderes da federação, premissa fundante do princípio da separação dos poderes?

Desde suas primícias, o Brasil toma para si ideias consolidadas mundialmente para fundação e atualização do seu sistema político-jurídico. Não foi diferente com a separação dos poderes nem é diferente também com o movimento jurídico do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. Todavia, todo pensamento importado tem suas nuances, suas premissas, que, não necessariamente, são adaptáveis à sociedade brasileira. É preciso, então, analisar as inovações e ideias importadas à complexidade da realidade brasileira, através de um esforço intelectual, extrair um bom resultado daquilo que se pretende.

O princípio da tripartição dos poderes é uma das ideias fundantes na república brasileira. Qualquer doutrina posterior que não vise a consonância com a base fundamental estará pervertendo a ordem posta e condenada a se desvirtuar. Desta forma, é imprescindível analisar o neoconstitucionalismo e os fatores da estrutura política brasileira que estarão a ela correlacionados, e qual o nível de convergência deste amálgama para com a cláusula pétrea da separação dos poderes.

Para tanto, esta monografia resgatará a conceituação histórica do princípio da separação dos poderes, além de definir o movimento do neoconstitucionalismo, buscando os mais diversos entendimentos acerca desta doutrina. Buscar-se-á fundamentar, ainda, acerca da forma analítica da Constituição de 1988, realizando o mapeamento dos temas nela contidos, e sobre a forma de ingresso dos membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, posto que são características presentes na realidade brasileira, que impactarão diretamente a nova doutrina neoconstitucional. A partir deste subsídio teórico, o presente trabalho correlacionará o neoconstitucionalismo à Constituição analítica e à forma de ingresso dos ministros do STF, para, por fim, analisar a compatibilidade da nova doutrina para com o princípio da separação

dos poderes. Tal investigação utilizar-se-á de pesquisa do tipo bibliográfica, pautada em livros, artigos, demais produções acadêmicas, jurisprudências e legislações.

2 DA RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A TEORIA NEOCONSTITUCIONAL

A teoria da separação dos poderes já foi tratada por diversos pensadores nos mais variados contextos políticos e históricos. Na Grécia Clássica, já havia uma noção relativa às diferentes funções de governo, afirmara Aristóteles (2020, p. 187)

Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça.

John Locke, filósofo inglês do século XVII, na obra “Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos”, também estabelece instituições que realizarão a administração do poder, as quais o autor as denomina de poder legislativo, executivo e federativo (LOCKE, 2019). Dentre estes dois últimos, define Locke, “o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo” (LOCKE, 2019, p. 203), estando a função de julgamento internalizada no poder executivo (LOCKE, 2019). Todavia, conforme explica Dallari (1998), ao movimento constitucional moderno foi essencial a separação proposta por Montesquieu (DALLARI, 1998). Afirma o doutrinador: “a teoria da separação de poderes, que através da obra de MONTESQUIEU se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos” (DALLARI, 1998, p. 77).

Desta forma, recorre-se ao estabelecido pelo Barão de La Brède e de Montesquieu acerca do tema. Ele diz

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 2020, p. 167 e 168)

Posto que o poder provém do povo e que, segundo Locke, vai delegá-lo ao Estado, restando configurado na escolha estatal “seus próprios julgamentos, pois são feitos por ele ou por seu representante” (LOCKE, 2019, p. 157), o povo estará representado no poder legislativo.

Ensina Montesquieu que “o poder legislativo será confiado ao corpo dos nobres e ao corpo que for escolhido para representar o povo, que terão cada uma suas assembleias e suas deliberações separadamente, e opiniões e interesses separados” (MONTESQUIEU, 2020, p. 172).

Dallari explica que tal separação foi fundamental para estabelecer as bases do pensamento constitucional francês e americano (DALLARI, 1998), das quais as ideias permanecem hoje estampadas na Constituição brasileira. Sobre a temática aqui tratada, o autor resume

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências. (DALLARI, 1998, p. 79)

Porém, ainda que se fale em separação dos poderes, é preciso salientar que o poder estatal é uno e indivisível. Inclusive as novas Constituições explicitam que tal poder emana do povo. Sendo assim, “a titularidade do poder estatal pertence aqui ao povo; o seu exercício, porém, aos órgãos através dos quais o poder se concretiza, quais sejam o corpo eleitoral, o Parlamento, o Ministério, o chefe de Estado, etc” (BONAVIDES, 2000, p. 137).

Segundo Bonavides (2000, p. 134)

o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade).

A diferenciação entre poder e autoridade é essencial para explicar a ideia por trás da Constituição Federal brasileira.

2.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 define, em seu artigo 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Em seguida, no artigo 2º, regulamenta o exercício do poder, dizendo: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Este modelo de alojamento e disposição do poder, cuja ideia remete-se ao pensamento constitucional americano e francês, é o mesmo pensamento presente desde o ordenamento constitucional brasileiro de 1891, com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual simbolizou o fim da Monarquia e a instituição da República, conforme indica Silva (2013, p. 80 e 81)

Optou-se pelo presidencialismo à moda norte-americana. "Equilibravam-se, nos freios e contrapesos (como nos Estados Unidos), os poderes - e afinal a clareza, a síntese, a limpidez verbal da Constituição [...] lhe garantiam uma duração razoável. Estabilizava a autoridade, franqueara aos Estados vida própria, proclamara as liberdades democráticas. Tanto fosse cumprida!" Rompera com a divisão quadripartita vigente no Império de inspiração de Benjamin Constant, para agasalhar a doutrina tripartita de Montesquieu, estabelecendo como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Pelicioli endossa o supracitado e expõe a finalidade do pensamento de Montesquieu. Ele diz que “o Poder é único e indivisível e para seu exercício era conveniente estabelecer uma divisão de competências entre os três órgãos diferentes do Estado. Montesquieu acentuou mais o equilíbrio do que a separação dos poderes” (PELICIOLI, 2006, p. 26). Importante ressaltar as observações de Pelicioli e Silva, a premissa indispensável do equilíbrio entre as estruturas de poder. A forma pensada por Montesquieu presume um sistema de mútua fiscalização e equilíbrio entre os poderes. Disserta o filósofo,

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168)

Há, portanto, uma preocupação quanto à regulação do sistema de freios e contrapesos das instituições de poder, para evitar o desequilíbrio entre elas e, conseqüentemente, a usurpação por uma delas do poder. Uma desarmonização entre os poderes ensejaria a transformação de alguma autoridade em poder constituído, fato que anula o princípio da soberania popular, premissa básica da hermenêutica moderna.

A ideia da separação dos poderes, nos moldes estatais americanos e franceses, por mais que haja divergências práticas entre as nações envolvidas, permeiam a estrutura político-jurídica do Brasil. Tal pensamento clássico é a base da criação do modelo posto. Todavia, à medida em que se importa novas filosofias políticas ou jurídicas, faz-se necessária à correta adequação delas para com a base constitucional estabelecida.

2.2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Carbonell explica que “o que venha a se entender por Neoconstitucionalismo, sua aplicação prática e dimensão teórica, é ainda algo que se está por ver” (CARBONELL, 2003 apud ROSARIO, 2010, p. 254). Barroso acrescenta, “sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado” (BARROSO, 2005, p. 2).

Todavia, embora haja uma dificuldade natural de uma definição consolidada, por se tratar de uma jovem doutrina, com pensamentos difusos entre idealizadores diversos, carecendo de uma unanimidade conceptual, é preciso salientar que, de fato, há cada vez mais uma aceitação deste paradigma jurídico.

Conforme define Martins, fundamentado na semântica do nome da doutrina, “o neoconstitucionalismo é, como o prefixo indica, uma nova leitura do constitucionalismo” (MARTINS, 2017, p. 01). Muito embora não se restrinja só a esta mudança paradigmática, pois, para Barroso, esta conceituação abrange somente o nível histórico da transformação. Existe, para além deste aspecto, um novo sistema no que tange à filosofia: a queda do positivismo e o começo do pós-positivismo. Então, propõe Barroso (2005, p. 15):

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da

Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Destarte, a busca por uma definição completa desta doutrina parte do estudo dos marcos que a representam. É possível identificar a ideia, traçando um panorama dos pensamentos utilizados por ela, ou por ela ultrapassados. O autor supracitado categoriza a nova doutrina em três grandes classes de revolução: uma relativa à história do Direito, outra à filosofia do Direito e outra denominada por ele de “marco teórico”. Assumindo esta didática, partir-se-á ao estudo de cada uma dessas categorias.

2.2.1 DAS TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS DO ESTADO E DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na obra “O Federalista”, uma das obras que mais bem representa o pensamento original dos EUA, os autores argumentam em favor de uma espécie de Confederação¹ dos Estados americanos, porém dentro de uma ordem nacional soberana. Tudo isso seria para permitir a manutenção do território americano, a força das colônias unidas em relação às outras nações, ao mesmo tempo em que garantiriam o máximo de autonomia dos Estados, limitados somente pela própria Lei Constituinte (HAMILTON, 1840). Ou seja, mora aí uma preocupação dos *Founding Fathers*² americanos para com a unidade do seu povo. Mas não é qualquer unidade, a separação da Inglaterra é um exemplo disso. A integração dar-se-á somente entre os Estados americanos. Trata-se, portanto, de uma “Consolidação” dos poderes de cada Estado envolvido, em nome de uma ordem supraestatal, soberana, representada na República por uma Lei Maior, a Constituição Federal.

A retomada do pensamento americano é essencial ao debate. Martins explica que a gênese do constitucionalismo se deu

...a partir de duas Revoluções, a Norte-americana e a Francesa. A independência dos Estados Unidos da América desembocou na Constituição

¹ Muito embora os autores façam uma clara advertência ao uso do termo “Confederação”, preterindo-o ao usar “Consolidação”. Dizem eles: “Pretende-se que o caracter distintivo da primeira consiste na restrição da sua autoridade aos objectos, que só interessarão os Estados na sua existência colectiva [...] e conclue-se destes princípios que o governo proposto he huma Consolidação, e não huma Confederação” (HAMILTON, 1840, p.68).

² Em tradução direta, diz-se “pais fundadores”. Tal termo é utilizado para indicar os líderes políticos que assinaram a Declaração de Independência, participaram da Revolução Americana ou da redação da Constituição dos Estados Unidos.

Norte-americana de 28.09.1787, e a Revolução Francesa desembocou na Constituição Francesa de 03.09.1791. Os dois textos marcaram a origem do movimento político-jurídico denominado constitucionalismo. (MARTINS, 2017, p. 03)

Visando corroborar ainda mais essa ideia da origem do Constitucionalismo, Maria Garcia utiliza o estudo de García de Enterría para afirmar que a

significação da Constituição [...] vem dos séculos medievais, que se concretizam em fins do século XVIII e no século XIX no movimento justamente chamado constitucional e que, após a Segunda Guerra Mundial e trágico fracasso dos totalitarismos que nela pereceram, voltou a retomar seu próprio sentido específico. (ENTERRÍA, 1991 apud GARCIA, 2000, p. 88)

O Constitucionalismo bebe também na fonte iluminista francesa. A lei como fundamento da organização da sociedade e não mais o costume. A transformação do *Common Law* em *Civil Law*. Agora a lei estabelece as diretrizes que regerão o comportamento da sociedade, o exato contrário ocorre no *Common Law*, onde os costumes geram as leis. Pelo dissenso francês contrário à ordem estabelecida pela tradição, diferentemente do pensamento inglês, a lei seria o instrumento racional que estabeleceria o consenso, logo, a ordem. Garcia, em seu texto “A Constituição desconstituída: as emendas e o cânone constitucional”, traz a visão que explica essa tese. A autora “lembra a concepção rousseauiana que acreditava salvar com o dogma da generalidade da Lei feita pelos cidadãos nada menos que a alienação do homem na sociedade” (GARCIA, 2000, p. 90). Observe que a autora retrata o pensamento francês através da ideia de Rousseau, na qual a lei é o ponto chave para reverter os males dos costumes não virtuosos ou garantidores da perpetuação de poderes por uma certa classe.

Pagliarini relembra o argumento kelseniano que corresponde esse pensamento da supremacia da lei com o movimento constitucional. O autor explana que

Kelsen concluiu muito antes que o direito é criado pelo próprio direito na medida em que o pressuposto de validade de uma norma é a validade de outra norma que lhe é superior [...] e usando-se do mesmo raciocínio no campo jurídico positivado, ou seja, aquele que foi efetivamente posto, deve-se entender que, dentre as normas positivadas, a Constituição ocupa o topo de um ordenamento jurídico, tudo devendo adequar-se aos seus termos, advindo daí a idéia moderna de que tudo que não é adequado à Constituição deve ser taxado de inconstitucional e extirpado do sistema positivado por essa Carta Magna inobservada. (PAGLIARINI, 2000, p. 210)

Diante disto, a primeira grande transformação que a doutrina neoconstitucionalista traz é o resgate o Estado constitucional de direito, originário do século XVIII, seguidores da

premissa que “a Constituição é o *kannon*: o critério, a regra superior” (GARCIA, 2000, p. 90), que fora traído por uma filosofia política positivista ao longo da história, fazendo-se necessária uma releitura do modelo constitucional criado pelo neoconstitucionalismo.

No âmbito filosófico, o neoconstitucionalismo pressupõe a superação do positivismo, sendo assim denominado pós-positivismo. A transcrição abaixo refere-se à tragédia grega “Antígona”, escrita por Sófocles. O contexto da fala refere-se à Creonte, governante de Tebas, que impõe uma normativa, na qual proibia o devido sepultamento de Polinices, um dos irmãos de Antígona, por ser considerado um traidor do seu povo. Posto que era da tradição religiosa da protagonista (Antígona) o sepultamento dos seus parentes, ela está diante de um conflito de comandos: seguir a lei dos seus deuses ou a imposta pelos seus governantes? Tal dilema ilustra bem o anseio do movimento pós-positivista. Segue a peça

Creonte: E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?
Antígona: Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém sabe desde quando vigoram! – Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que por isso me venham a punir os deuses! (SÓFOCLES, 2005, p. 30 e 31)

Este dilema é resgatado durante toda a história pelo estudo do direito. De um lado, temos o direito natural, de outro o direito positivo. Na tragédia supracitada, a lei humana foi preponderante, castigando a protagonista por desobedecê-la. Na Idade Medieval, ocorre uma mudança de pensamento, a lei natural é vista como superior à positivada, embora ambas tenham papéis fundamentais (BOBBIO, 1995). Com o desenrolar da história, há uma virada de pensamento e, segundo Bobbio, o positivismo jurídico “passa a ser considerado como direito em sentido próprio [...] doutrina segundo a qual não existe outro senão o positivo” (BOBBIO, 1995, p. 26). O presente tópico vem trabalhar o conceito de pós-positivismo, que é uma superação do positivismo.

O jusnaturalismo, corrente filosófica embasada pelo direito natural, e o positivismo, representante do direito positivo, são modelos históricos do direito, os quais são “opostos, mas, por vezes, singularmente complementares” (BARROSO, 2005, p. 5). Barroso afirma que a filosofia do pós-positivismo “é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias” (BARROSO, 2005, p. 5).

Dada a fala do atual ministro do STF e aceitando o termo “sublimação dos modelos puros” como uma elevação dos paradigmas anteriores, faz-se necessária a conceituação do que seja jusnaturalismo e positivismo. Aliás, é preciso destacar suas características essenciais e elencar os fatos históricos que levaram a superação destas doutrinas.

O jusnaturalismo, ensina Rodrigues,

corresponde a um conjunto de doutrinas expressas no decorrer da História, revelando, cada uma destas, uma equivalente atitude crítica em relação ao Direito, no sentido de postular uma ordem jurídica cuja validade está assentada basicamente em uma ideia de Justiça (RODRIGUES, 2019, p. 63).

Para o autor, São Tomás de Aquino, Fernando Suárez e Hugo Grócio representam os expoentes de três fases diferentes da mesma doutrina, sendo elas a escolástica, a neo escolástica e a escola moderna, respectivamente. Aquela postula um direito natural baseado na teologia de São Tomás, ou seja, o direito dos homens surge através da revelação. A segunda traça uma diferença entre teologia e metafísica, o que desemboca numa concepção mais humanística do direito natural, embora o homem só consiga se utilizar da razão pela graça de Deus. A última, com Hugo Grócio, vai prosseguir a neo escolástica espanhola, todavia afastando ainda mais a religião da razão (RODRIGUES, 2019).

Outro ponto extremamente importante acerca do jusnaturalismo, era que ele não rejeitava o direito positivo. Era uma etapa natural no processo da aplicação do direito. Sem embargo, seria preponderante. Rodrigues esclarece:

É claro que para sua aplicação no âmbito social, mesmo as normas de Direito Natural devem se positivar, o que mesmo assim não as tornam tecnicamente Direito Positivo, no sentido aqui analisado. Como afirma um dos princípios do Direito Natural da escolástica: o Direito Natural necessita ser complementado pelo Direito Positivo, porém sempre prevalece sobre este, pois enquanto aquele é permanente este é contingente (RODRIGUES, 2019, p. 65).

Resumindo, o direito natural é fundamentado na imutabilidade através do tempo, na universalidade de seu alcance e na racionalidade das suas propostas. (BOBBIO, 1995).

O jusnaturalismo é suplantado pelo positivismo. Coelho discorre acerca do fim do pensamento jusnaturalista. Ele diz

A proposta fundamental do jusnaturalismo – a de que o homem possui direitos suprapositivos -, que se impõe até mesmo como limitação aos poderes do Estado -, conquanto a-histórica, constitui-se em fundamental alicerce

filosófico das revoluções liberais burguesas e das conquistas das garantias jurídico-políticas, absolutamente essenciais em qualquer regime político. Mas, consolidado o ideário da burguesia, a dimensão progressista do jusnaturalismo viu-se traída. Cuidava-se agora de consolidar esse ideário, fazer crer que era da humanidade e não apenas de uma classe social, de deter a força motriz da história. O triunfo do jusnaturalismo é, também, dialeticamente o seu ocaso, a sua superação (COELHO, 2005, p. 09).

O positivismo assume como teoria predominante. Isto acontece com o surgimento do Estado moderno, conforme exposto por Bobbio acerca do movimento positivista. O autor traça uma comparação entre o Estado moderno e a sociedade medieval, explicando o ponto principal da mudança de pensamento que advém com o positivismo. Ensina Bobbio (1995, p. 27)

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinárias.

Aqui começa uma visão utilitarista da lei. Segundo referência de Bobbio, “o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil” (BOBBIO, 1998, p. 23). Coelho sintetiza o pensamento de Hans Kelsen quanto ao positivismo jurídico, ele relembra algumas características fundamentais deste pensamento jurídico: a aproximação entre Direito e Norma; a norma é dada pelo Estado; e o formalismo da norma. (COELHO, 2005).

Não obstante, o positivismo perde força no último século.

Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (BARROSO, 2005, p. 5).

No século XX, vários movimentos ideológicos perversos assumiram o poder de diferentes nações, impondo-lhes um regime totalitário, baseado no positivismo, provocando verdadeiros genocídios, até hoje reprovados pela humanidade. Um exemplo da subserviência

dos males acometidos a essas nações em nome da lei é Adolf Eichmann³, que “justificou sua completa submissão às ordens como *kadavergehorsam*, ou “obediência cadavérica”, de um soldado que não questiona seus superiores” (BACHEGA, 2012, p. 52).

Neste contexto, definitivamente, o positivismo não se sustenta mais. Há uma volta da discussão sobre uma reaproximação do direito com os valores da humanidade, com a ética, com a justiça. Sendo assim, podemos falar sobre uma possível volta do jusnaturalismo? Barroso chega a elencar traços do pós-positivismo, numa pedagogia que sugere a fuga do positivismo, mas, ao mesmo tempo, explicita o distanciamento do jusnaturalismo. O autor diz

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2005, p. 6).

Bem, no que diz respeito ao conceito de jusnaturalismo, é preciso ressaltar que o entendimento supracitado esteja em parte destoante com a perspectiva de alguns autores, inclusive com o pensamento de dois deles expostos no presente capítulo. Tanto Bobbio quanto Rodrigues irão tecer comentários no sentido de que o pensamento jusnaturalista era preponderante ao positivo, todavia não o dispensava, fato que, na primeira frase da citação do ministro, onde está escrita “mas não despreza o direito posto”, não exemplificaria uma fuga ao jusnaturalismo, mas sim uma integração total à velha doutrina.

A tentativa de traçar um paralelo detalhado entre o jusnaturalismo e pós-positivismo, evidenciando seus pontos de divergência e convergência, extrapolaria o interesse desta pesquisa. Este estudo, então, utilizará a exclusão da metafísica na leitura do Direito, feita por Barroso, para estabelecer a ruptura maior entre o jusnaturalismo e o pós-positivismo, já que a busca por uma racionalidade física da realidade é fruto iluminista, que, no que lhe concerne, foi base para a modernidade e para o pensamento positivista, o que gera uma releitura do jusnaturalismo por uma base positiva.

³ Adolf Eichmann foi um oficial da SS da Alemanha nazista, responsável pela execução de vários judeus. Após a queda do regime, refugiou-se na Argentina até ser capturado, levado à Israel e lá condenado pelos crimes cometidos, submetido à pena de morte por enforcamento. (BACHEGA, 2012)

Deste modo, acerca do tratado aqui neste subtópico, estabeleceu-se como primeira transformação o resgate da ideia do movimento Constitucional do século XVIII, o qual idealizava a ordem nacional estabelecida por uma Constituição, lei fundante do ordenamento jurídico e hierarquicamente superior às demais normativas, as chamadas leis infraconstitucionais, assim como, uma segunda transformação, agora na seara filosófica, da superação do positivismo jurídico, devido às práticas políticas nefastas sob a guarda do ideário positivista do século XX, trazendo à tona uma preocupação acerca de um resgate da ligação do direito para com o conceito de justiça e com princípios e valores mínimos da humanidade, ensejando algo universal, maior que a lei posta, limitadora desta. Todavia, diferenciando-se também do que se entendia por direito natural de outrora, por tomar para si a razão como único pilar do pensamento axiológico além norma;

2.2.2 DAS MUDANÇAS TEÓRICAS: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, A EXPANSÃO JURISDICIONAL E O DESENVOLVIMENTO DE UMA NOVA DOGMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para entender a força normativa da Constituição, Schier afirma que

“a Constituição poderia ser vislumbrada como a Lei Fundamental de uma nação, sendo uma ‘lei básica’, suporte da validade de todas as outras leis e tipificada pela *necessariedade* (daí, devendo atuar e irradiar-se através das leis de um país)” (SCHIER, 1997, p. 42).

A passagem de Pagliarini exposta naquele item, ilustra perfeitamente essa mudança teórica. Relembrando, o autor, analisando Hans Kelsen, demonstra o direito positivo, onde o direito brota do próprio direito, sendo a Constituição a mais elevada na hierarquia das normas, de onde germinará todas as outras normas. (PAGLIARINI, 2000).

Sendo assim, estando a força normativa da Constituição ainda de acordo com o pensamento base positivista, onde estará a verdadeira mudança teórica do novo constitucionalismo? Explica Barroso (2005, p. 07)

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Destaque-se, então, a última frase do jurista. A novidade sobre a força normativa da Constituição não faz referência a uma mudança na hierarquia das normas, muito menos ao caráter positivo da Constituição. A novidade estará na altivez do poder Judiciário na atuação constitucional.

Neste íterim, Vilanova traz uma evidência prática dessa mudança em seu texto “A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal”, no momento em que analisa a Constituição de 1937, no tangente ao controle de constitucionalidade. Diz Vilanova (1981, p. 50)

Na Constituição de 37, de certo modo, a posição política de órgão constitucional, definidor da constitucionalidade das leis de emenda à própria Constituição, das leis federais e de atos do Presidente da República, sofre restrição. É que o parágrafo único do art. 96 assim dispõe: ‘No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Na supracitada Constituição, a função principal do Supremo Tribunal Federal (STF), a de julgar, podia ser tolhida pelos outros poderes instituídos. O caso acima representa bem a liberdade do legislador e a discricionariedade do administrador em face à submissão do judiciário, que, no que lhe concerne, estaria reduzido a um mero órgão parecerista, se houvesse uma concretização do disposto no artigo acima.

No entanto, parece ser essa mesma a vontade do legislador constituinte à época. Há uma clara tentativa de impor um freio e um contrapeso à atuação do órgão judiciário por parte do constituinte. Na criação do rito processual desta norma, o legislador constituinte impôs uma prevalência da vontade dos outros poderes. A crítica de Barroso sobre o fundamento político preponderante da Constituição está baseada nesta vontade. A elevação do poder Judiciário nessas questões é a situação que se busca modificar no neoconstitucionalismo de fato.

Estando identificado o fundamento da primeira mudança, parte-se agora para o segundo ponto deste tópico, a expansão jurisdicional.

A expansão dá-se por meio do instrumento do controle de constitucionalidade⁴. Segundo Medeiros, “no tocante ao controle de constitucionalidade, pode-se afirmar que a Constituição

⁴ Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais. (MORAES, 2017, p. 519)

inovou ao adotar o modelo híbrido, caracterizado pela combinação de elementos do controle difuso e do controle concentrado” (MEDEIROS, 2013, p. 189). O autor faz referência à atual Constituição de 1988, a qual manteve o progresso adquirido na história constitucional brasileira, ao mesmo tempo em que criou novos instrumentos de controle pelo judiciário, vide anexo A, demonstrando a expansão obtida na coeva Carta Constitucional. Sendo assim, ratifica Barroso (2005, p. 09)

a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A expansão da jurisdição constitucional é meio indispensável para garantir a força normativa da Constituição segundo a perspectiva neoconstitucionalista. É através da expansão jurisdicional, que o papel do Judiciário frente à Magna Carta estará devidamente bem colocado.

Referente ao controle jurisdicional hoje no Brasil, Alexandrino e Paulo afirmam

Observa-se que, no Brasil, em razão da combinação dos modelos difuso e concentrado, todos os órgãos do Poder Judiciário exercem a jurisdição constitucional, haja vista que, no modelo difuso, qualquer juiz ou tribunal do país dispõe de competência para zelar pela supremacia da Constituição. Ademais, nem mesmo a jurisdição concentrada é privilégio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, pois o Tribunal de Justiça de cada estado e do Distrito Federal também exerce a fiscalização concentrada da constitucionalidade, em defesa da Constituição Estadual e da Lei Orgânica, respectivamente. Na realidade, somente a jurisdição concentrada em face da Constituição Federal é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p 803)

A última frase da fala supracitada é fundamental para estabelecer mais uma premissa do presente trabalho. A Suprema Corte brasileira tem a exclusividade na jurisdição concentrada no que concerne à Lei Maior. Tudo isso em consonância com o pensamento tanto da força normativa da Constituição quanto da expansão jurisdicional.

Como derradeira mudança teórica está a nova interpretação constitucional, sendo ela “uma modalidade de interpretação jurídica” (BARROSO, 2005, p. 10). Tal modalidade vai de encontro com o modelo de interpretação tradicional. Sobre esta, Barroso define

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz,

cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. (BARROSO, 2005, p. 11 e 12)

O também atual ministro da Suprema Corte, Gilmar Mendes, autor do artigo “Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial”, diz: “Parece hoje superada⁵ a ideia que recomendava a adoção do chamado método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional” (MENDES, 2000, p. 90). O que Gilmar entende por “método hermenêutico clássico”, Barroso denomina de “interpretação jurídica tradicional”.

As principais características transformadoras da nova forma de interpretação são as seguintes:

- (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente;
- (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, 2005, p. 12)

Assim, como já abordado anteriormente neste trabalho, é preciso entender a quebra da infalibilidade da lei e a volta aos valores e princípios fundamentais ao caso prático analisado. Carvalho Netto, analisando em “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”, disserta

Buscando-se compreender a prestação jurisdicional em seu aspecto funcional específico referente à implantação, à consolidação, ao desenvolvimento e à reprodução não somente da certeza do direito, mas, a um só tempo, do sentimento de constituição e justiça, único sentimento capaz de adequadamente assegurar solidez à ordem jurídica de um Estado Direito de Direito. (CARVALHO NETTO, 1998, p. 249)

⁵ A superação da hermenêutica clássica não é definitiva. Aliás, ainda é corrente majoritária doutrinária. Expõe Barroso: “antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas” (Barroso, 2005, p. 11.)

Deste modo, na visão do novo constitucionalismo, é ilustrada a necessidade de uma hermenêutica nova. Uma que busque a justiça social, que absorva as novas funções da lei e do juiz, uma que realize os anseios da sociedade com mais eficiência. Implementando este pensamento na seara de poder da Suprema Corte, Mendes sintetiza, “a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública” (MENDES, 2000, p. 90).

Estão, por fim, traçadas algumas bases que compõem o universo do neoconstitucionalismo. Em resumo, o presente subtópico capítulo tratou da ascensão do poder Judiciário a um lugar de predominância no tocante à proteção da ordem constitucional; da expansão do controle jurisdicional das normas em relação à Constituição Federal, com destaque, no caso brasileiro, para a exclusividade da Suprema Corte no controle concentrado perante a Carta Magna de 1988; e da nova forma de interpretação, vislumbrada pelos adeptos do novo constitucionalismo, que objetivam a mudança nos papéis da norma e dos juízes.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL

Hodiernamente, a ordem nacional brasileira está estabelecida sob a égide da Constituição Federal de 1988, fundada sob o aspecto do paradigma do Estado Constitucional de Direito. Nela, no concernente à força normativa da Constituição, um grande avanço fez-se presente no *caput* do seu artigo 102, o qual garante que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Destaque para o uso do termo “precipuamente” no texto, palavra essencial para colocar o órgão de cúpula do Judiciário à frente dos órgãos representantes dos outros poderes na proteção à Lei Maior.

O mesmo artigo prossegue normatizando as obrigações da Suprema Corte para com a salvaguarda constitucional. Segue a transcrição dos incisos I e III do artigo 102:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (alínea d acrescentada pela EC no 45, de 8 de dezembro de 2004).

Conforme demonstrado no subcapítulo 2.2.2, as competências acima expostas estão em consonância com a ideia de expansão jurisdicional. Tal expansão dar-se-á por meio do controle de constitucionalidade e garantirá a diretriz do Estado Democrático de Direito, pois, conforme os dizeres de Moraes, “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais” (MORAES, 2016, p. 518). Ainda segundo Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2016, p. 519).

A Carta Política atual trouxe diversos meios jurídicos que permitiram a ampliação do controle constitucional, aumentando consequentemente a expansão jurisdicional, principalmente no que tange o controle pelo STF. Entre as medidas estatuídas por ela estão a

ampliação do rol de legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)⁶ e a introdução da inconstitucionalidade por omissão⁷. Não obstante, o legislador constituinte derivado vem expandir ainda mais o controle jurisdicional. Através da Emenda Constitucional nº 03 de 1993 foi criada a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)⁸ e a Emenda nº 45 de 2004 criou a súmula vinculante, dentre outras inovações. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015).

Com base nessas novidades, concluem Alexandrino e Paulo (2015, p. 800)

Pode-se concluir, dessarte, que o controle abstrato passou a desempenhar papel preeminente no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir da Constituição de 1988. Tal assertiva decorre não só do fato de terem sido previstas quatro ações distintas na via direta (ADI, ADO, ADC e ADPF), mas, também, pela ampliação dos entes legitimados para a instauração desse modelo de fiscalização abstrata (art. 103, I ao IX). Isso representa uma significativa mudança de paradigma em nosso ordenamento, uma vez que, até o advento da atual Carta, o controle de validade das leis no Brasil tinha sua base no sistema difuso, de inspiração norte-americana, realizado no curso dos processos judiciais comuns.

Fica ausente na conclusão dos autores o instrumento da súmula com efeitos vinculantes, fruto da Emenda nº 45. Embora faça parte do argumento acerca da expansão jurisdicional, ela é importantíssima para fixar como soberano o entendimento da Suprema Corte perante toda a sociedade, incluídos aí toda Administração Pública, e, portanto, é instrumento essencial também na mudança da força normativa da Constituição. Ela está prevista no artigo 103-A, cujo texto determina

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões

⁶ A ADPF foi regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Segundo este artigo, esta arguição “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, cabendo também “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. (BRASÍLIA, 1999, Art. 1º)

⁷ “A inconstitucionalidade por conduta omissiva ocorre diante de norma constitucional de eficácia limitada, em que a Lei Maior exige do legislador ordinário a edição de uma norma regulamentadora, para tornar viável o exercício de determinado direito nela assegurado, e o órgão legislativo ordinário permanece inerte, obstando o efetivo exercício daquele direito. Ao desrespeitar uma determinação constitucional de legislar, obstaculizando o exercício de um direito dependente de regulamentação, estará o legislador ordinário desrespeitando a supremacia constitucional, dando azo à declaração da inconstitucionalidade de sua inércia”. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 779 e 780)

⁸ “A ação declaratória de constitucionalidade, que consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional”. (MORAES, 2016, p. 555)

sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Ou seja, o entendimento posto pela súmula vincula a todos. É importante ainda ressaltar o § 2º do artigo supracitado. O parágrafo não determina aos legitimados o poder de revisão ou cancelamento da súmula, mas somente a provocação da Suprema Corte para analisar a solicitação, seja ela uma petição de revisão, cancelamento ou aprovação. O § 2º do artigo 102 também explicita o instrumento jurisdicional da súmula vinculante em relação às ADI e às ADC. Ele aponta que

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392).

Quanto ao desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, explica Barroso que

os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico. (BARROSO, 2005, p. 11)

Acerca do sincretismo metodológico citado, acrescenta ainda o autor, em nota de rodapé explicativa, que, “no caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras” (BARROSO, 2005, p. 11). Ou seja, a alteração aqui tratada não se trata de uma normativa positivada pela Constituição Federal de 1988, a qual impõe uma mudança paradigmática, mas sim de uma discussão que envolve a hermenêutica do próprio texto lá inserido, como também as lacunas, os princípios e os valores relativos a ela. É algo novo, cujo debate cresce a cada dia, tornando-se uma realidade no mundo jurídico brasileiro.

Neste contexto, resgatando o exposto no item 2.2.2, que analisou o papel do juiz no caso concreto à luz do neoconstitucionalismo, expõe Mendes que o processo de interpretação jurisdicional “não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção” (MENDES, 2000, p. 93). O ministro da Suprema Corte, em sentença lógica, continua: “se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional” (MENDES, 2000, p. 93). Valle ratifica o pensamento sobre a interpretação jurisdicional, estabelecendo um foco na Constituição Federal:

A leitura, portanto, do texto constitucional há de estar, como se propôs, orientada por uma consciência hermenêutica (e portanto, emancipada do texto na sua dimensão literal reducionista), que resgata por si muitos dos elementos determinantes da compreensão do conteúdo mesmo do Estado que se pretendeu construir. Mais ainda, é essa alternativa que permitirá a superação do problema da ocasionalidade. (VALLE, 2004, p. 157)

Netto conclui que a mudança hermenêutica proposta é

um incremento das exigências relativas à postura do aplicador da lei e do responsável pela tutela jurisdicional que se assenta em uma crescente capacidade de sofisticação da doutrina e da jurisprudência para fazer face aos desafios decorrentes do processo de contínuo aumento da complexidade da sociedade moderna. (CARVALHO NETTO, 1998, p. 244)

Trata-se, portanto, de uma alteração que se coaduna às outras mudanças, no momento em que expande a força do Poder Judiciário, aumentando a força interpretativa do juiz.

Destarte, a Carta Constitucional de 1988 possui, ao longo dos seus dispositivos, os requisitos necessários para a adequação ao neoconstitucionalismo. Todo esse arcabouço gera

uma maior autonomia do Poder Judiciário e confere a ele a guarda da Constituição de modo soberano, no que diz respeito às mudanças do novo constitucionalismo.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, além do exposto acima, interfere também no neoconstitucionalismo devido ao seu caráter analítico, sendo uma peculiaridade brasileira, que fortalece ainda mais a nova doutrina. Este ponto é essencial para o presente trabalho e por isso merece uma discussão apropriada.

À medida em que se expandiu o pensamento do Estado Constitucional, houve uma adesão cada vez maior das nações por esse modelo. Tantas Constituições diferentes levaram à doutrina a categorizar características semelhantes entre elas. Sendo assim, existem algumas classificações doutrinárias traçadas acerca dos modelos de constituições. Conforme explica Moraes, a “nossa atual Constituição Federal apresenta a seguinte classificação: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica” (MORAES, 2016, p. 31), sendo esta última, característica imprescindível para este tópico. Alexandrino e Paulo afirmam que um “exemplo de Constituição analítica é a Constituição Federal de 1988, nos seus mais de trezentos artigos (entre disposições permanentes e transitórias)” (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p 802).

“A tendência contemporânea é de adoção, pelos diferentes Estados, de Constituição do tipo analítica, de conteúdo extenso, mesmo sendo sabido que esse tipo de Constituição tende a ser menos estável” (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 22), ou seja, a opção por uma Constituição analítica é algo moderno e paradigmático. Maranhão, em seu texto “O conteúdo da Constituição: Constituição sintética ou analítica”, clarifica a gênese das constituições analíticas:

Não estaríamos discutindo essa questão não houvessem as Constituições posteriores à Primeira Grande Guerra, como a Constituição de Weimar, de 1919, e, até mesmo antes, a Constituição de 1917 do México, aumentado consideravelmente o seu conteúdo, numa tendência que parece irreversível do legislador constituinte contemporâneo de abarcar os mais variados aspectos da vida social, o que levou Mirkiné Guetézévitch a definir essa tendência como de racionalização ou humanização do Poder. As Constituições anteriores, não. Ao contrário, eram sóbrias. Eram documentos simples, de conteúdo reduzido e, seguindo doutrina antiga, tratavam do Estado, do Governo e do indivíduo. (MARANHÃO, 2003, p. 107)

Portanto, Silva explica o caráter moderno da Lei Maior, que está em consonância com o Estado Democrático de Direito (SILVA, 2013). Diz o autor que o Constituinte de 1988

rejeitou a constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição garantia. (...) Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se (SILVA, 2013, p. 08).

A Constituição Federal compõe-se de um preâmbulo, uma parte dogmática e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), formado por dispositivos de caráter não perenes. Para o presente capítulo, focar-se-á na estrutura referente à parte dogmática.

Conforme exposto no apêndice A deste trabalho, a estrutura resumida da Suprema Lei ilustra bem a quantidade de assuntos que abarcam a seara constitucional. Maranhão, analisando a característica da escolha do constituinte por uma Constituição analítica, disserta

Essas observações são propiciadas pela circunstância de as Constituições de nosso tempo terem crescido no número de seus artigos, visando a regular o máximo possível. Não ficaram como textos simples: Estado, Governo, liberdades humanas. Não. Quiseram cuidar de tudo numa manifesta desconfiança da capacidade, do engenho, da inteligência, da sinceridade do legislador ordinário. Nada para o legislador ordinário. Ele tem que ser disciplinado pelas normas fundamentais. E então as Constituições passaram a exorbitar de seu conteúdo próprio. Nada de conteúdo mínimo, o conteúdo máximo é o que se deve perseguir. E o que fizeram? Passaram a regular, com razão de ser, ao lado dos direitos civis e políticos do homem, os seus direitos econômicos, sociais, culturais. (MARANHÃO, 2003, p. 108)

No total, a Constituição Cidadã⁹, promulgada em 05 de outubro de 1988, possui 250 artigos originais em seu corpo dogmático, além de 114 artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), tratando dos mais diversos assuntos da sociedade. Uma constituição que abarca muito mais do que a simples forma e regime de governo, mas trata de valores sociais como a família, desportos, meio ambiente, comunicação social, cultura, etc. Aliás, desde 1988 até os dias atuais, em aproximadamente 32 anos de soberania constitucional, houveram 109 emendas constitucionais, as quais, dentre várias alterações, acrescentaram 21 novos artigos e revogaram outros 3 na parte dogmática, o que soma um total de 268 artigos na seção geral da Lei Maior. O ADCT também passou por reformas, com 5 acréscimos e 1

⁹ Conforme demonstrou José Afonso da Silva: “É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, 2013, p.42).

supressão de artigos, além das demais alterações ao longo do texto. Com isso, tem hoje 118 artigos.

Para a posse destes dados, foi realizado um levantamento de todas mudanças constitucionais que envolveram a supressão ou acréscimo de artigos da Constituição Federal desde 1988, vide apêndice B deste trabalho.

A quantidade de reformas constitucionais impressiona. Contudo, no que tange a fala supracitada do professor Maranhão, o qual expôs a preocupação do legislador constituinte em engessar o legislador ordinário, não cai em contradição. Muito pelo contrário, elevar uma norma ao *status* constitucional objetiva dificultar sua reforma e não a tornar imutável. A escolha do legislador constituinte foi limitar, não esgotar. Caso contrário, escolheriam ampliar a força do legislador ordinário, pois, conforme explica Bonavides

as Constituições concisas ou breves resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades, sobretudo, de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais. (BONAVIDES apud ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 21 e 22)

Ou seja, a estabilidade da Constituição é maior, se ela for do tipo breve. É óbvio! Visto que, todas as mudanças dar-se-iam no âmbito infraconstitucional. Não diminuiriam o número de reformas, mas somente estas não estariam expostas como assuntos constitucionais. O legislador ordinário, assim como o Poder Executivo, teria mais facilidades para estabelecer algumas diretrizes. A constitucionalização dessas normas visa dificultar essas transformações, de modo a preservar o pensamento constituinte originário.

A opção por uma Constituição do tipo analítica está intimamente ligada à finalidade do constituinte. Conforme dito por citação supracitada de Silva, a Carta de 1988 é do tipo “dirigente”. Paulo e Alexandrino explicam que a

Constituição dirigente, de texto extenso (analítica), é aquela que define fins, programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. É a Constituição que estabelece, ela própria, um programa para dirigir a evolução política do Estado, um ideal social a ser futuramente concretizado pelos órgãos do Estado. O termo “dirigente” significa que o legislador constituinte “dirige” a atuação futura dos órgãos governamentais, por meio do estabelecimento de programas e metas a serem perseguidos por estes. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 22)

Esse ideal revelado como finalidade constitucional concretiza-se no Estado Democrático de Direito. Diaz explica a forma como isso se dá.

O Estado democrático de Direito aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro próximo, pode vir a concretizar-se o processo de convergência em que podem ir concorrendo as concepções atuais da democracia e do socialismo. A passagem do neocapitalismo ao socialismo nos países de democracia liberal e, paralelamente, o crescente processo de despersonalização e institucionalização jurídica do poder nos países de democracia popular constituem em síntese a dupla ação para esse processo de convergência em que aparece o Estado democrático de Direito. (DÍAZ, 1977 apud SILVA, 1988, p. 22)

É este modelo e, portanto, esta finalidade “que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito democrático da Constituição da República portuguesa (art. 2º)” (SILVA, 1988, p. 15). A Carta Lusitana, datada de 1976, esclarece sua finalidade no texto do artigo 2º, onde dizia, originariamente, que

A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras. (PORTUGAL, 1976)

Silva diz: “é por isso que, aqui, recorreremos amiúde a essa doutrina a fim de defini-lo com a devida precisão, para que se compreenda que não se trata de mero conceito formal, mas de um conceito tendente à realização de uma democracia socialista” (SILVA, 1988, p. 15), ratificando a influência do ideário do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, embora afirme posteriormente que

A Constituição de 1988, contudo, não chegou a estruturar um Estado democrático de Direito de conteúdo socialista, mas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana. (SILVA, 1988, p. 22)

Dessarte, a Lei Suprema de 1988 trata de todos os aspectos da sociedade. Ela é considerada do tipo analítica, logo, dirigente. Sendo assim, possui fins nas ideias sociais do modelo do Estado Democrático de Direito.

É importante frisar a premissa da “institucionalização jurídica do poder” do Estado Democrático de Direito, em fala estabelecida por Díaz supracitada, cuja efetividade está concatenada com o pensamento neoconstitucional, assunto que será abordado ao longo deste trabalho.

4 A INVESTIDURA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os poderes Executivo e Legislativo são integrados por representantes eleitos pelo povo, através do voto direto ou indireto, para mandatos específicos e por tempo determinado. Já o Judiciário, não. Tomando o STF (Supremo Tribunal Federal) ao caso específico, órgão de cúpula deste Poder, o ingresso dos seus membros díspar dos outros Poderes. Não é através da eleição popular nem há previsão de um prazo determinado para o mandato. O artigo 101 da Carta Magna dispõe sobre a composição da Supremo Tribunal Federal e acerca da forma da indicação e nomeação dos ministros que a integram. Ele diz:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Logo, algumas condições são estabelecidas para a escolha de um ministro do STF, dispostas ao longo dos art. 12, §3, IV e art. 101 da Constituição Federal: a) ter idade entre 35 e 65 anos; b) possuir notável saber jurídico; c) ser considerado detentor de uma reputação ilibada; d) ser cidadão; e) ser brasileiro nato.

De acordo com a hermenêutica do termo “notável saber jurídico”, inexistente uma obrigação legal quanto à indicação de algum Bacharel em Direito, contudo, salienta-se o curioso caso do médico Cândido Barata Ribeiro, rejeitado pelo Senado Federal quando escolhido para ser ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1893 e 1894. Neste ínterim, extraindo o entendimento doutrinário deste caso específico, Rodrigues esclarece que

ao negar, em sua sessão de 22 de setembro, a aprovação à nomeação de Barata Ribeiro para o cargo de Ministro do STF, consagrou o Senado a interpretação de que o notável saber refere-se a conhecimentos jurídicos; não basta ser diplomado em direito, mas é essencial ser notável pelo conhecimento das matérias que constituem as funções do Supremo Tribunal (RODRIGUES, 1958 apud MORAES, 2016, p. 391).

Ou seja, a previsão legal inexistente, porém, após este caso, todos os ministros empossados tanto são bacharéis em Direito, como gozam de um reconhecimento pelos seus pares acerca do saber jurídico atribuído a eles.

Na gênese da República, a vontade do legislador constituinte brasileira “possibilitou a criação do Supremo Tribunal Federal, nos moldes da *Supreme Court* ianque” (VIEIRA, 2006, p. 157). A Constituição Americana, em seu Artigo II, Seção 2, prevê:

*He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court.*¹⁰

Logo, a Constituição dos EUA atribui ao Presidente da República o poder para nomear os ministros da Suprema Corte, desde que devidamente consentidos pelo Senado Americano. Este modelo possui certa estabilidade entre as diversas Constituições brasileiras ao longo da história. O magistrado Direito ensina:

É interessante notar que — excetuada a alteração do número de ministros e a mudança do nome do Supremo Tribunal na Constituição de 1934 para Corte Suprema, depois restabelecido na Carta de 1937 — o modelo do Supremo, adotado na Constituição de 1891, foi mantido em todas as demais Constituições Republicanas do Brasil. (DIREITO, 2012, p. 258)

Embora seja um modelo duradouro historicamente, que se repete e faz-se presente em todas as Constituições brasileiras desde 1891, ressalvados alguns detalhes, não faltam tentativas de alteração desta configuração¹¹.

É importante frisar que, no artigo 101 da Carta Magna brasileira, há uma supressão em torno de quem indica o candidato à ministro da Suprema Corte, posto que a nomeação por parte do Presidente da República é algo formal e posterior à deliberação do Senado, o qual, por sua vez, tem a responsabilidade de aprovar a escolha e não de escolher o pretendente a ministro. Não obstante, a prática e a doutrina entendem que quem escolhe é o Presidente da República. Moraes afirma que

O Presidente da República, presentes os requisitos constitucionais para investidura, escolhe livremente o candidato, que será sabatinado pelo Senado Federal, devendo ser aprovado pela maioria absoluta de seus membros (art. 52, III, a, e art. 101, parágrafo único, ambos da CF), para poder ser nomeado pelo Chefe do Executivo. (MORAES, 2016, p. 390)

¹⁰ Tradução: [O presidente] terá poder, por e com o Conselho e Consentimento do Senado, para fazer Tratados, desde que dois terços dos senadores presentes concordem; e ele nomeará, e com o Conselho e Consentimento do Senado, nomeará Embaixadores, outros Ministros e Cônsules públicos, Juizes da Suprema Corte.

¹¹ Conforme quadro expositivo do apêndice C do presente trabalho.

De acordo com a tabela 3 presente no apêndice C, a escolha pelo Presidente é assunto recorrente nas PEC. Das cinquenta levantadas, vinte e sete requerem uma mudança em quem exerce o poder de escolha do pretendente à Ministro. É possível observar que 3 propostas dispõem que o ingresso do Ministro do STF dar-se-á por concurso público de provas e títulos; 7 propostas estabelecem escolhas por órgãos e entidades diversas, alternadamente, ao mesmo tempo que restringem as possibilidades de escolha, aumentando os critérios de admissibilidade; 3 propostas somente dividem a atual exclusividade do Presidente da República com os demais Poderes; 10 propostas implementam um sistema mais complexo na escolha, através da introdução de listas tríplexes, quádruplas e sêxtuplas, elaboradas por diversos órgãos e entidades diferentes, afim de restringir a escolha final, que, por sua vez, não serão efetuadas pelo Presidente da República ou somente por ele; e as outras 4 possuem pensamentos mais difusos: 1 estabelece um Conselho Eleitoral para executar a escolha, 1 repassa à lei complementar a responsabilidade para dispor sobre a forma de escolha, 1 dará ao Congresso Nacional o poder de escolha, enquanto a outra transferirá este poder para o Supremo Tribunal Federal.

As PEC ainda inovam sobre outros aspectos. Dezoito delas, além de outras mudanças, propõem que os mandatos dos ministros tenham prazo definido, enquanto vinte e sete aumentam os requisitos atinentes aos concorrentes ao cargo de Ministro.

Os críticos da atual norma observam nas Constituições de outras nações o ideal brasileiro. Ribeiro cita como exemplos os modelos constitucionais alemão, canadense, espanhol, francês, português e italiano. O autor descreve a forma de cada um, mostrando que o nível de complexidade da escolha do Ministro da Suprema Corte é maior em relação ao Brasil, desde uma ressalva de que os escolhidos devem ser ingressantes de alguma categoria jurídica do país por um determinado tempo, como no modelo Canadense, até a divisão das escolhas perante os poderes, vinculados aos requisitos necessários impostos pela própria Lei Maior, para mandatos com prazo limitado, tal qual o caso do Constituição espanhola (RIBEIRO, 2015).

A busca pela alteração na forma de investidura dos Ministro do Supremo baseia-se em uma premissa, cujo teor Ribeiro explica que, o atual modelo,

Revela-se, destarte, ser um modelo eminentemente político, historicamente adotado pelo Brasil, e previsto em todas as Constituições desde a Proclamação da República. Nessa chave, referido sistema político de indicação pode acarretar uma indesejável ligação entre o Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República, caso o Senado Federal não exerça de forma efetiva a sabatina dos indicados (RIBEIRO, 2015, p. 13).

Em conversa direta com o dito acima, Fazanaro complementa que

ao longo dos cento e vinte e cinco anos [1889 a 2014] da história republicana brasileira, foram rejeitadas somente cinco indicações presidenciais, que se deram durante o governo de Floriano Peixoto [1891 a 1894]. Ou seja, abstraindo-se do fato de que a representatividade política do Senado é bastante inferior à da Câmara dos Deputados, consolidou-se uma verdadeira ilicitude – por afrontar o texto constitucional –, no âmbito do Senado, consistente em apenas cancelar as indicações presidenciais, tornando a sabatina um ato burocrático, formalidade necessária para a nomeação do indicado. (FAZANARO, 2014, p. 8)

A busca pela independência do Supremo Tribunal Federal parte do vislumbre desta Corte como um Tribunal Constitucional¹². Todavia, testemunhando a prática do STF, Nascimento afirma que Silva

não concebe o STF como verdadeira Corte Constitucional [...] pela forma de recrutamento de seus membros, que deveriam ser num total de 12, indicados para uma Corte Constitucional situada fora dos três poderes clássicos, sendo quatro pelo Executivo (através do Presidente da República), quatro pelo Legislativo (eleitos pelo Congresso e indicados pelo seu Presidente) e quatro pelo Judiciário, com mandato de três anos, proibida a recondução e sem retribuição pecuniária como contraprestação pelo serviço prestado. (NASCIMENTO, 2018, p. 1953)

Destarte, a tentativa de alteração constitucional busca instituir um procedimento mais complexo para subsidiar uma corte mais independente, afinal, tal qual posto pelo art. 5º do Código da Magistratura, “impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos” (BRASÍLIA, 2008, Art. 5º).

¹² Seguindo essa linha, pode-se afirmar que os Tribunais ou Cortes Constitucionais são “jurisdições constitucionais em tempo completo, situados fora do aparato jurisdicional ordinário e independentes desse, aos quais, a Constituição atribui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis” (FAVOREU, 1997 apud NASCIMENTO, 2018, p. 1953)

5 A TEORIA DOS TRÊS PODERES E O NEOCONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA

No capítulo 2 deste trabalho foi exposta a ideia fundante do princípio da Separação dos Poderes. Dentre outras características, Montesquieu visualizou um sistema que objetivava o equilíbrio entre os três poderes, como forma de evitar governos despóticos e totalitários. Também integrou ao Legislativo a presença de representantes do povo – verdadeiro detentor do poder estatal, vide parágrafo único do artigo 1º da CF/1988 - ao mesmo tempo, sustentou que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo” (MONTESQUIEU, 2000, p. 214). Estabeleceu-se, portanto, que esta teoria está implantada na Carta Magna de 88.

Todavia, Ramos declara uma ruptura deste pensamento. Diz o autor

Evidentemente a separação dos poderes não é mais a de Montesquieu. A evolução dos fenômenos em vários segmentos não escapou ao direito. Hoje há o que muitos chamam de invasão de poderes e que eu prefiro chamar de permissões constitucionais para um poder exercer função que seria de outro. (RAMOS, 2000, p. 68)

Netto corrobora a quebra com a teoria do poder tripartite do filósofo francês e diz:

ora, é claro que uma concepção distinta e respectivamente adequada acerca da atividade hermenêutica ou interpretativa do juiz integra cada um desses paradigmas, a configurar distintos entendimentos, por exemplo, do princípio da separação dos poderes. (CARVALHO NETTO, 1998, p. 244)

O atual ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, ratifica o pensamento, afirmando que “as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes” (BARROSO, 2005, p. 15). A criatividade na hermenêutica jurisdicional é consequência da revolução do pensamento por bases neoconstitucionais.

Restou-se evidenciado que esta doutrina busca uma manutenção da hierarquia constitucional, mas com a preponderância do Poder Judiciário na proteção da Suprema Lei, ponto destoante ao pensado por Montesquieu. Há claramente um desequilíbrio proposital. Para isso, conta com a expansão do poder jurisdicional, através do controle de constitucionalidade, podendo valer-se de uma hermenêutica ativa da lei. Vilanova vem a explicar que o poder Judiciário, “se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder

constituente originário, para criar como tem criado, tanto direito público constitucional [...] é convir que detém poder constituinte material” (VILANOVA, 1981, p. 44). Garcia diz

O que faz concluir, com Enterría, que ‘se impõe a necessidade de estabelecer juridicamente um sistema de defesa contra a Lei que permita fazer efetiva essa defesa’, dado que todo Estado de Direito deve ‘instrumentar-se como um Estado de justiça, mas entendendo esta palavra não em qualquer sentido impreciso ou retórico, senão precisamente como justiça judicial plena (ENTERRÍA, 2003 apud GARCIA, 2007, p. 91).

A vontade de uma regulação da lei pelo Judiciário está amparada na superação do positivismo. Os valores, inerentes à pessoa e à sociedade, e os princípios, ganham novamente espaço na discussão do direito. Ramos resgata: “não é demais lembrar o pensamento de Couture, inserido nos mandamentos do advogado: ‘teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares direito em conflito com a justiça, luta pela justiça” (RAMOS, 2000, p. 73).

O desnível entre os poderes, provocado pela elevação jurisdicional, rebaixa automaticamente os Poderes Executivo e Legislativo, este, representante do povo, segundo Montesquieu. Dessarte, explica Ramos (2000, p. 73 e 74)

Embora entendam a doutrina e a jurisprudência que cabe ao legislador apreciar a justiça de uma lei, outras soluções têm surgido. A Corte Suprema dos Estados Unidos e as Cortes Constitucionais européias encontram fórmulas para declarar a inconstitucionalidade de leis consideradas injustas [...] Este permite ao juiz controlar o conteúdo da norma que vai aplicar e declará-la inconstitucional, nula e de nenhum efeito (RAMOS, 2001, p. 73 e 74)

Esta perturbação do equilíbrio dos poderes é justificada por alguns doutrinadores. Muito se fala da incapacidade legislativa em acompanhar as mudanças sociais. Valle expõe argumento sobre a velocidade na produção via Legislativo e acrescenta: “ocorre que essa velocidade não se consegue imprimir à produção de instrumentos legais” (VALLE, 2007, p. 150). Netto também discursa sobre a questão do acompanhamento ineficiente do legislativo o que foi acima supracitada:

a cada dia, surge uma nova espécie de conflito, uma nova demanda as quais exigem respostas imediatas, sob pena de o direito tornar-se instrumento ineficaz para a vida que não pode ficar ao talante da ‘vontade do legislador’ (sabe-se lá de que século) (CARVALHO NETTO, 1998, p. 56).

Outro ponto de preferência dos pensadores neoconstitucionais, privilegiando o poder Judiciário em detrimento do poder Legislativo é a qualidade na criação do Direito. Ensina o

ministro da Suprema Corte, Gilmar Mendes, “a Corte Constitucional tem revelado uma grande capacidade para estabelecer prognósticos corretos, capacidade essa que se mostra muito superior à do próprio Legislativo” (MENDES, 2000, p. 105). Ele continua,

na verificação desses fatos, o Tribunal utiliza documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos ou *experts*. [...] Até mesmo discute questões de princípios, relacionadas com concepções filosóficas ou de convicção, procura o Tribunal proceder a uma análise racional da controvérsia, evitando uma abordagem metafísica da questão (MENDES, 2000, p. 101)

Ainda no tema, Ramos conclui que “apesar das dificuldades, rotulações como terceira câmara, governo dos juízes, o controle pelo judiciário é o que melhor atende às condições brasileiras. É o poder mais competente e culto” (RAMOS, 2000, p. 68).

Todavia, o ministro Gilmar Mendes, no começo de sua obra, pondera acerca dos riscos desta nova filosofia do direito. Ele expõe o risco, mas analisa o custo-benefício de assumi-lo. Diz o ministro, que “essa abordagem, que, se adotada de forma radical, poderia levar a uma desvalorização ou a uma degradação da norma” (MENDES, 2000, p. 91). Para além disso, o juiz do STF se questiona

a) estaria o legislador submetido, de forma definitiva, às decisões da Corte Constitucional? b) não estaria o legislador, igualmente, legitimado a adotar, em determinados casos, uma interpretação autêntica da Constituição? c) qual o direito que assegura ao Tribunal Constitucional a possibilidade de impor o seu entendimento ao legislador democraticamente eleito? (MENDES, 2000, p. 91)

Afirma o autor que não se tem respostas definitivas para tais questões. Porém, em relação à terceira indagação, é preciso expor o “risco democrático”, trazido à tona pelo próprio ministro. Ele pondera que

Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes decorrente do complexo processo de escolha e de nomeação, e que a sua independência constitui requisito indispensável para o exercício de seu mister, não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou de risco democrático (*demokratisches Risiko*). (MENDES, 2000, p. 97)

Contudo, “o sistema democrático não se legitima pela verdade, mas sim pelo consenso” (MENDES, 2000, p. 95). Desta forma é justificável o empoderamento do Judiciário, pois as “decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle

democrático” (MENDES, 2000, p. 97), fato que gera ponto contra o Legislativo, poder vinculado ao pensamento da maioria popular. De acordo com Mendes, “tem-se aqui uma outra dimensão da proposta de Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, na medida em que esta atuasse na defesa ou na proteção de minorias” (MENDES, 2000, p. 94). Não obstante, Coelho também avalia que

Esse movimento epistemológico que desloca o eixo metodológico da interpretação exclusivamente da norma para a riqueza da realidade em busca da Justiça é, fora de dúvida, um movimento ousado e arriscado. Mas é preferível ousar, em nome do justo, da igualdade e da dignidade humana, do que conformar-se com teorias assépticas, alheias às aflições humanas (COELHO, 2005, p. 19).

Em síntese, demonstra-se a diferença entre o papel do Judiciário na visão clássica do princípio dos Três Poderes para com a perspectiva do novo constitucionalismo. Aquele evidencia uma nulidade do poder Judiciário, enquanto este o agiganta. É trazida como argumentação para descaracterizar o Legislativo, a preocupação por uma baixa qualidade e lenta produção legislativa para acompanhar os anseios sociais, ao mesmo tempo que estabelece o Judiciário como garantidor de uma qualidade superior e solução inevitável para solucionar o problema. Ressalta-se também o caráter democrático da nova doutrina neoconstitucional, à medida em que altera a hermenêutica conceitual de democracia, cuja essência ensejará a proteção das minorias, diferentemente da vontade dos integrantes do poder Legislativo, que ambicionam agradar à maioria.

Porém, é preciso analisar o conjunto. Há um desvirtuamento claro do pensamento original acerca do equilíbrio e dos papéis dos poderes. Não é prudente inserir ideias em base de pensamento contrastante. Se o problema é acompanhamento do direito na transformação social ou a ausência de qualidade do legislativo, não se resolve tais problemas desequilibrando os poderes. No capítulo 2 é transcrito a preocupação de Montesquieu para com a unificação de poderes distintos. O mesmo acontecerá se algum dos poderes fugir ao sistema de freios e contrapesos, toda a estrutura desmoronará. No que tange ao argumento democrático, é humano a preocupação para com os menos favorecidos e as minorias, mas a desestabilização das estruturas de poder em nome do fortalecimento das minorias não caracteriza uma grande saída para o problema. A garantia para com as minorias em manter alternativas, nas quais elas possam serem ouvidas, é mais que aceitável, é extraordinária. Contudo, a subversão do estabelecimento do interesse das minorias em detrimento da maioria fere o âmago da democracia.

O presente trabalho não julga o mérito da questão. Não foi analisado qual o melhor modelo, muito menos tem a pretensão de criticar as doutrinas aqui destacadas. Somente é concluso a dissonância entre as matrizes apresentadas. É preferível a escolha de uma delas: a volta de uma Suprema Corte estabelecida conforme o equilíbrio dos três poderes, ou a criação de um novo ordenamento adequado para suportar a doutrina do neoconstitucionalismo.

A deturpação de um conceito original leva à desgraça ambas as propostas. É preciso escolher uma ou outra, ou quem sabe uma nova. A verdadeira virtude está na boa elaboração e imposição de um determinado ordenamento. As discussões serão bem vindas e realizadas ao longo do processo formador. Assim que formado, é necessário que se mantenham as bases. Caso contrário, é preciso toda uma reordenação, evitando por assim dizer “remendos” descontextualizados.

Toda esta celeuma influencia no exercício do real detentor do poder, o povo. Segundo o pensamento tradicional, já assegurava John Locke que a sociedade ou seu corpo Legislativo são a mesma coisa (LOCKE, 2019). Logo, se um poder não se exerce, nada vale. O povo perde com isso. Acerca da relação causa e efeito que se dá quando da diminuição do poder Legislativo e o consequente enfraquecimento do poder popular, ensinou Locke (2019, p. 255 e 256)

A constituição do legislativo é o ato primeiro e fundamental da sociedade; em virtude desse ato, os associados preveem a manutenção de sua união, remetendo-se ao consentimento do povo e a sua escolha para designar as pessoas que os governarão e para habilitar as pessoas que farão as leis que regerão seus atos, de maneira que nenhum indivíduo, nenhum grupo entre eles tenha o poder de legislar por outros procedimentos. Quando um ou mais indivíduos assumem a tarefa de legislar, sem que o povo os tenha autorizado a fazê-lo, eles fazem leis sem autoridade, e por isso o povo não é obrigado a obedecê-las. Em consequência disso, o povo se vê novamente desobrigado de qualquer sujeição e pode constituir para si um novo legislativo, como achar melhor, estando em ampla liberdade para resistir à força daqueles que, sem autoridade, iriam lhes impor qualquer coisa.

Por último, neste subtópico, faz-se essencial a transcrição do debate ocorrido em 2009, entre Antonin Scalia, ex-ministro da Suprema Corte americana, e o atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso. Segundo a matéria, Scalia disserta:

Juiz expressa a vontade de juiz, e não do povo. Decisões morais devem ser do povo e do Legislativo; [...] os juízes não têm idéia de qual é a vontade do povo. Nós trabalhamos em palácios de mármore; [...] não sei como é aqui, mas espero que vocês não tenham se tornado vítimas de juízes que devem dizer o que é moral ou não é moral; [...] A linha divisória é se você interpreta o texto constitucional ou faz manobra de interpretação; [...] A única maneira de decidir uma questão moral é pelo processo democrático. Um juiz não sabe

mais do que um cidadão comum; [...] O significado da Constituição pode mudar ao longo do tempo para obedecer a evolução da decência; [...] O que eu questiono é a sanidade de uma decisão cheia de valores ser feita por um juiz não-eleito (CONJUR, 2009).

O ministro Barroso discorda. Ele diz: “devo confessar que não concordo com quase nada. É uma ficção que se possa imaginar que um juiz seja só a boca da lei. Todo juiz faz juízo de valor. E isso deve ser feito de forma transparente” (CONJUR, 2009). Scalia rebate:

‘Não estou acostumado a dar palestras em público e ouvir respostas contrárias’, admitiu. ‘A democracia é horrível, mas ainda não há melhor. Por isso, acho que a decisão deve ser democrática, ou seja, pelo Legislativo eleito pelo povo.’ Scalia foi mais longe ao defender o rigor da lei. ‘Se a lei é burra, o resultado é burro. Mas o juiz não pode dizer o que é sábio (CONJUR, 2009).

O debate supracitado valida ainda mais os argumentos aqui apresentados. Se a imposição de ideias contrapostas as bases já são prejudiciais à sociedade, então o que dirá da implementação de um ideário prematuro e não unânime. Aliás, contra majoritário.

5.1 A OPÇÃO POR UMA CONSTITUIÇÃO ANALÍTICA NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Conforme apresentado na Tabela 1 (Disposição dos temas tratados pela parte dogmática da Constituição Federal de 1988) neste trabalho, a Magna Carta engloba quase a totalidade dos assuntos referentes à vida em sociedade.

O controle de constitucionalidade parte de uma fiscalização jurisdicional da norma inconstitucional. Neste tocante, Alexandrino e Paulo discorrem

Inconstitucional é, pois, a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte, a Constituição. Se a lei ordinária, a lei complementar, o estatuto privado, o contrato, o ato administrativo etc. não se conformarem com a Constituição, não devem produzir efeitos. Ao contrário, devem ser fulminados, por inconstitucionais, com base no princípio da supremacia constitucional. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 777).

Moraes afirma que “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição” (MORAES, 2016, p. 519). Se a constituição é parâmetro para o controle, quanto maior a quantidade de temas abordados por ela, maior será o alcance jurisdicional. Somado a isto, há também a superação do positivismo, cuja ideia permite o controle pelos valores e princípios não positivados, ligados

à norma fundante, que também vão ensejar a possibilidade de interferência do Supremo nos casos em que a norma positivada constitucional não estiver dada expressamente. A quantidade de mecanismo de controle inseridos na Carta Magna de 1988, como nunca antes vista, visando, como dito por Maranhão em capítulo anterior, “nada para o legislador ordinário”, completa a transferência direta do poder subtraído do legislativo ordinário para o poder Judiciário, também ordinário.

Destarte, enquanto a visão neoconstitucionalista prever o empoderamento jurisdicional, sendo preponderante aos demais poderes, uma possível limitação a esta força seria a redução dos temas por ela tratados. Não obstante, em uma Constituição analítica, temos um aumento do alcance da Suprema Corte, capaz agora de abarcar todo tipo de discussão para sua seara. Tudo poderá ser objeto da Corte Judiciária, cuja deliberação estará sujeita ao pensamento dos ministros. Fica claro, portanto, que o poder está contido nas mãos de um único poder. A única forma de contrapeso institucionalizado contra esta junção é o impedimento de algum dos ministros pelo Senado Federal – previsto pela Magna Carta de 88, Art. 52, II -, fato nunca antes ocorrido na história brasileira. E ainda, a troca de ministro não enfraquece o poder Judiciário, mas somente altera a cosmovisão de um voto no universo de onze totais.

5.2 ARGUMENTUM AD HOMINEM DOS MINISTROS DA SUPREMA CORTE

É bem evidenciado que o poder Judiciário é um órgão político. Vilanova articula muito bem essa afirmação, dizendo:

Privaria o poder judiciário de sua paridade, entre os poderes, da relação-de-coordenação, que ele mantém por ser independente e harmônico com os poderes restantes. Deixaria de ser órgão imediato, i.é., imediatamente derivado da Constituição e deixaria de ser órgão político, um dos componentes do poder estatal em sua integridade de poder-de-império e poder soberano de subordinado [...] É justamente sua posição de órgão-do-poder, é justamente por existir como órgão constitucional autônomo no exercício da função jurisdicional o que habilita a interceder nas relações inter-orgânicas, para recompor o equilíbrio por um deles desfeito [...] essa a sua função judicial, sem deixar de ser política, por seus últimos fundamentos (VILANOVA, 1981, p. 43).

O estabelecimento, então, por uma escolha política dos ministros do STF, não desvirtua a balança institucional dos três poderes. Embora grande parte dos congressistas sob a vigência da Constituição atual requeiram uma mudança sobre a investidura dos ministros do Supremo Tribunal (conforme constatado no levantamento das PEC do capítulo anterior), almejando

formas de escolhas diversas, no que tange a indicação por concurso público ou por ascensão profissional de membros do poder Judiciário, visando à independência e a meritocracia do saber, Ribeiro argumenta em desfavor destas hipóteses, “em razão da presumível falta de perfil de seus integrantes para o desempenho de funções que transcendem as atividades técnico-jurídicas e burocráticas” (RIBEIRO, 2015, p. 13). O autor traça a crítica visando a ausência do caráter político dos possíveis ministros. Ele objetiva uma mudança para um modelo aos moldes dos países europeus, os quais utilizam métodos mais complexos que engajam todos os poderes e alguns órgãos, prezando a meritocracia, a qualidade e a independência dos ministros. Modelos que não atingem somente o método de escolha, tal qual a imposição de listas de vinculação para efetuação da escolha, mas também que impõem o aumento dos requisitos para os candidatos a ministro e estabelecem prazos para os mandatos (RIBEIRO, 2015).

Falando em democracia, a simples imposição de concurso público ou a ascensão dos magistrados de carreira deixariam a Suprema Corte sem a ligação direta ou indireta com a decisão popular. Contudo, a atual forma estabelecida, apesar de apresentar a indicação do novo ministro pelo presidente eleito, com sabatina pelo Senado Federal, representando assim certo lastro democrático,

dá azo a uma indesejável e perigosa ligação entre o STF e o chefe do Executivo, haja vista que este consegue impor sua vontade, culminando no cerceamento da independência do Judiciário e no caminho livre para nomeações de candidatos desqualificados, com consequentes prejuízos aos interesses nacionais, visando à satisfação de propósitos demagógicos, político-partidários e pessoais. (FAZANARO, 2014, p. 8)

Ramos conclui que, “quanto à indicação dos juízes singulares e dos tribunais, os mecanismos devem evitar uma maior interferência na liberdade e na independência dos magistrados” (RAMOS, 2000, p. 77). Além do atento à independência dos ministros, Fazanaro, na fala supracitada, expõe a desqualificação de candidatos. Isto se relaciona com o poder do Presidente em escolher qualquer cidadão, atrelado a um termo genérico de ratificação, o “notável saber jurídico”.

Desta forma, em termos matemáticos, se o universo de escolha é estendido, presume-se que a probabilidade de escolher os mais capazes, ou até mesmo os que tenham competência jurídica, diminui. Atenta-se também para a incapacidade notável de quem escolhe e de quem avalia o saber jurídico. Fora isso, é um modelo importado por completo dos Estados Unidos da América, mesmo os dois países tendo tantas divergências no aspecto político-organizacional.

Enfim, não cabe neste trabalho o julgamento da capacidade técnica-jurídica dos atuais ministros da Corte Suprema. O questionamento que aqui pretende ser deixado tem o caráter institucional.

Nas conclusões dos subtópicos anteriores, fica demonstrado a supremacia da Suprema Corte em relação ao sistema brasileiro, advindo da ideia neoconstitucional. Esta magnitude atinge quase a totalidade dos temas políticos, devido a Constituição brasileira ser do tipo analítica. Há, pois, um domínio do poder pelo Judiciário. Sendo assim, a mera possibilidade da escolha por ministros desqualificados e dependentes, perpetuamente, pode garantir o poder institucionalizado brasileiro nas mãos de uma Corte imprestável e com pouquíssimo lastro democrático.

6 CONCLUSÃO

Este estudo pretendeu resgatar uma conceituação histórica do princípio da separação dos poderes, além de definir o movimento do neoconstitucionalismo, buscando os mais diversos entendimentos acerca desta doutrina. Buscou fundamentar ainda acerca da forma analítica da Constituição de 1988, realizando o mapeamento dos temas nela contidos, e sobre a forma de ingresso dos membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, posto que são características presentes na realidade brasileira, que impactarão diretamente a nova doutrina neoconstitucional. A partir deste subsídio teórico, o presente trabalho correlacionou o neoconstitucionalismo à Constituição analítica e à forma de ingresso dos ministros do STF, para, por fim, analisar a compatibilidade da nova doutrina para com o princípio da separação dos poderes.

Primeiro, fora estabelecida uma conceituação histórica da tripartição dos poderes, cuja ideia estava em consonância com atual pensamento da teoria, perfazendo um caminho até chegar no conceito estabelecido por Montesquieu, precursor do movimento constitucional americano, francês e, conseqüentemente, o brasileiro. Sendo assim, constatou-se a necessidade de um sistema muito bem equilibrado entre os poderes, para evitar um poder despótico e ditatorial. Ainda no mesmo capítulo, o trabalho estudou o fenômeno do neoconstitucionalismo. A partir de trabalhos de autoridades científicas, procurou-se estabelecer o conceito da nova doutrina. Tal conceito possuiu um marco histórico, representado por uma releitura do Estado Constitucional de Direito; um marco filosófico, demarcado pela superação do positivismo; e os marcos teóricos, que preconizam a ascensão do poder Judiciário no Estado constitucional, através da expansão do instrumento do controle de constitucionalidade e de uma nova forma de interpretação, que objetiva a mudança nos papéis da norma e dos juízes.

Analisou-se em seguida as mudanças teóricas do neoconstitucionalismo à luz da Constituição Federal de 1988 e concluiu-se, desta forma, que a Suprema Lei está em total consonância com a nova doutrina, tendo em vista que houve um grande progresso, no que diz respeito ao avanço da doutrina do novo constitucionalismo, devido aos inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade. Ademais, mapeou-se a estrutura temática da Constituição e trouxe à tona a discussão acerca do conteúdo da mesma, restando-se comprovado o caráter analítico e dirigente da Constituição, os quais são pontos que estão em completa consonância com o arranjo neoconstitucional, empoderando ainda mais a Suprema Corte brasileira, posto que a limitação de temas na Carta Constitucional seria a forma de impedir a ação desta Corte.

Restou-se, então, estabelecido que ocorre exatamente o contrário, e a massificação dos temas constitucionais ensejam à ação do Supremo Tribunal.

Outra premissa fundamental para o presente trabalho foi exposta no capítulo 4, que abordou aspectos da investidura dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Para isso, foi preciso mostrar a atual configuração acerca do ingresso dos ministros na Suprema Corte constitucional e, em paralelo, demonstrou-se a insatisfação desse modelo, mediante a apresentação das PEC que se propuseram a mudar esta forma de escolha dos ministros. Esta análise, assim como críticas doutrinárias, expuseram o baixo grau de complexidade na forma de ingresso dos ministros do STF, evidenciando o caráter político das escolhas, fato que impacta diretamente na independência do juiz, valor tão indispensável e regra imposta para quem detém o poder judicante.

Com toda esta base teórica criada, último capítulo amalgamou o neoconstitucionalismo, o aspecto analítico da Constituição Federal e a sistemática de ingresso dos ministros da Suprema Corte, para analisar a realidade da teoria dos Três Poderes em face desta mistura, com intuito de responder ao seguinte questionamento: com a adoção da doutrina neoconstitucionalista à realidade jurídica brasileira, é possível manter o equilíbrio entre os poderes da federação, premissa fundante do princípio da separação dos poderes?

O resultado visualizou doutrinas – do princípio da separação dos poderes e do neoconstitucionalismo - que, no aspecto do pensamento, se distanciam, mas que estão conectadas atualmente. Mostrou que o princípio da separação dos poderes tem uma base filosófica que difere da neoconstitucionalista, no que tange a figura do poder Judiciário. Aquela prever um sistema de equilíbrio entre os poderes, com um Legislativo forte e instado a debruçar-se sobre questões gerais da sociedade, enquanto imagina um Judiciário abstencionista, focado na elucidação dos casos práticos ao rigor da lei. Já o ideário do novo constitucionalismo foca no empoderamento do poder Judiciário, fato que vai de encontro ao princípio supracitado. Nisto, a mescla destas diferentes concepções desvirtua ambas as doutrinas e gera uma insegurança política, que no Brasil é acentuada. Porque, com o empoderamento da Suprema Corte em relação à quantidade de temas abarcados pela atual Constituição, que garante à Corte Constitucional a imposição de sua força sobre qualquer temática relativa à sociedade, a visão neoconstitucionalista, representada na figura do STF, é fortalecida ainda mais. Sendo assim, tendo concluído acerca desta ascensão do Judiciário, restou-se conclusivo um claro, proposital e consequente desequilíbrio dos poderes institucionais brasileiros.

Não obstante, analisou-se ainda a possibilidade de um Supremo Tribunal Federal todo poderoso, com ministros, cuja dependência política e incapacidade jurídica sejam realidades

presentes na sociedade brasileira. Ou seja, considerando evidenciado o desequilíbrio dos poderes, considerando ainda que este desequilíbrio propiciou ao STF o papel de protagonista maior na nova forma de estabilização dos poderes, fez-se necessário uma análise dos componentes desta instituição, concluindo, então, no perigo em possibilitar o ingresso de ministros com dependência política, com pouco lastro democrático e com notabilidade jurídica suspeita, para cargos de tão grande relevância ao modelo político brasileiro.

É importante ressaltar que esta monografia não desmerece o fenômeno neoconstitucional. O novo constitucionalismo não comporta, necessariamente, no seu ideário a concepção de uma constituição analítica ou o modelo utilizado no Brasil de ingresso dos ministros do STF, muito embora estas duas premissas influenciem o pensamento neoconstitucional na prática. O que aqui se conclui é o perigo da deturpação da concepção original da teoria dos três poderes devido à introdução dos conceitos do novo constitucionalismo, ainda mais no que concerne à realidade brasileira, possuidora de peculiaridades que marcam as diferenças e tendem ao extremismo.

Enfim, propomos a individualização das doutrinas e a escolha democrática por uma delas, ou quem sabe um novo modelo político-jurídico, desde que idealizados e devidamente programados juntos, afim de alcançar a supremacia do poder popular, uma segurança e estabilidade jurídico-política, tendo em vista as consequências negativas do atual amálgama proposto no ordenamento brasileiro.

7 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

ALVES, Ricardo Carrion Barbosa. **Um por todos, e todos por um: a Federação de Rui Barbosa na Constituição de 1891**. Dissertação (mestrado) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2020.

ARISTÓTELES. **A Política** [livro eletrônico] / Aristóteles; tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2020. 1551,92 Kb; ePub.

BACHEGA, Leandro. **A alienação do homem sob o governo totalitário nazista em Hannah Arendt**. Dissertação (Filosofia) – Faculdade de São Bento. São Paulo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 1-42, 2005. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. **Da necessária separação entre Estado e Governo**. Disponível em: <http://ife.org.br/da-necessaria-separacao-entre-estado-e-governo-por-marcus-boeira/>. Datado de: 10 de setembro de 2015. Acesso em: 14 de março de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASÍLIA. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º] do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Revista Notícia do Direito Brasileiro, n. 6, p. 233–250, jul./dez., 1998.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade?** Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos: Divisão Jurídica, Bauru: Edite, 44. ed., setembro - dezembro de 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Código de Ética da Magistratura Nacional, de 26 de agosto de 2008**. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf.

COUTINHO, Filipe. **CONJUR, 2009**. VISITA DE SCALIA: "Juiz expressa vontade de juiz, e não do povo". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-mai-14/ministro-corte-eua-juizes-nao-podem-decisoes-morais>. Acesso em: 14 de abril de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIREITO, Gustavo. O Supremo Tribunal Federal — uma breve análise da sua criação. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 255-282, maio/ago. 2012.

EUA. **Constituição Federal dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/browse/article-2/section-2/clause-2/>.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **O modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal: uma análise contemporânea**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 22, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. de 2014.

GARCIA, Maria. **A Constituição desconstituída: as emendas e o cânone constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, ano 8, n. 33, out./dez. 2000.

HAMILTON, Alexander, 1757-1804. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17661>.

OLIVEIRA, João Camilo de. **O presidencialismo no Brasil** [recurso eletrônico]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018. – (Coleção João Camilo de Oliveira Torres; n. 7 papel)

LOCKE, John, 1632 – 1704. **Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil/ John Locke; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa; introdução de J. W. Gough. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2019. (Coleção Vozes de Bolso)**

MARANHÃO, Jarbas. **O conteúdo da constituição: constituição sintética ou analítica?** In: Revista de informação legislativa, v. 40, n. 160, p. 107-110, out./dez. 2003.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo**. In: Revista de informação legislativa : v. 50, n. 200, out./dez. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial**. In: Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689 – 1755. **O espírito das leis/ Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).**

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NASCIMENTO, Felipe Costa Laurindo do. **Cortes Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica Luso Brasileira, Vol. 4, 2018.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **O positivismo de Hans Kelsen e Niklas Luhmann e a Constituição como instrumento normativo superior positivado**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI. São Paulo: RT, v. 8, n. 31, p. 203-215, abr./jun., 2000.

PELICIOLO, Angela. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. In: Revista de Informação Legislativa, v. 43, n. 169, jan/mar 2006, p.21-30.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 02 de Abril de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Politização do judiciário e a judicialização da política**. In: Revista de direito constitucional e internacional: RDCI, v. 8, n. 33, p. 68–78, out./dez., 2000.

RIBEIRO, R. S. **O Processo de Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2015 (Texto para Discussão nº 174). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 de março de 2021.

RODRIGUES, Denis Leite. **Base natural do ordenamento jurídico**. Revista Direito Em Debate, 28(52), 62–76, 2019. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.62-76>

ROSARIO, Luana Paixão Dantas do. **O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do Direito**. In: Revista de informação legislativa, v. 47, n. 186, p. 245-264, abr./jun. 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica**. In: Revista dos Tribunais. Ano 86 V. 741, julho, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. **O estado democrático de direito**. Revista De Direito Administrativo, 173, 15-24, 1988. <https://doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>

SOFÓCLES. **Édipo Rei - Antígone**. São Paulo: Martin Claret Editora, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de, 1805-1859. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático** / Alexis de Tocqueville; tradução Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. – (Paidéia)

VALLE, Vanice Regina Lório. **Delegificação, Legitimidade e Segurança Jurídica: a Hermenêutica Constitucional como Alternativa de Harmonização**. In: A& C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 147-168, out./dez. 2004.

VIEIRA, José Ribas. **O STF e a corte suprema dos Estados Unidos da América: autonomia e impasses**. In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 171, p. 155-167, jul./set. 2006

VILANOVA, Lourival. **A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal**. In: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 57/58, p. 39–54, jan./jun., 1981.

**APÊNDICE A - Disposição dos temas tratados pela parte dogmática da Constituição
Federal de 1988**

Tabela 1 – Disposição dos temas tratados pela parte dogmática da Constituição Federal de 1988

TÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS
CAPÍTULO II - DOS DIREITOS SOCIAIS
CAPÍTULO III - DA NACIONALIDADE
CAPÍTULO IV - DOS DIREITOS POLÍTICOS
CAPÍTULO V - DOS PARTIDOS POLÍTICOS
TÍTULO III - DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO
CAPÍTULO I - DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA
CAPÍTULO II - DA UNIÃO
CAPÍTULO III - DOS ESTADOS FEDERADOS
CAPÍTULO IV - DOS MUNICÍPIOS
CAPÍTULO V - DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
SEÇÃO I - DO DISTRITO FEDERAL
SEÇÃO II - DOS TERRITÓRIOS
CAPÍTULO VI - DA INTERVENÇÃO
CAPÍTULO VII - DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
SEÇÃO I - DISPOSIÇÃO GERAL
SEÇÃO II - DOS SERVIDORES PÚBLICOS
SEÇÃO III - DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
SEÇÃO IV - DAS REGIÕES
TÍTULO IV - DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES
CAPÍTULO I - DO PODER LEGISLATIVO
SEÇÃO I - CONGRESSO NACIONAL
SEÇÃO II - DAS ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL
SEÇÃO III - DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
SEÇÃO IV - DO SENADO FEDERAL
SEÇÃO V - DOS DEPUTADOS E DOS SENADORES
SEÇÃO VI - DAS REUNIÕES
SEÇÃO VII - DAS COMISSÕES
SEÇÃO VIII - DO PROCESSO LEGISLATIVO
SUBSEÇÃO I - DISPOSIÇÃO GERAL
SUBSEÇÃO II - DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO
SUBSEÇÃO III - DAS LEIS
SEÇÃO IX - DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA
CAPÍTULO II - DO PODER EXECUTIVO
SEÇÃO I - DO PRESIDENTE E DO VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA
SEÇÃO II - DAS ATRIBUIÇÕES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

SEÇÃO III - DA RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA
SEÇÃO IV - DOS MINISTROS DE ESTADO
SEÇÃO V - DO CONSELHO DA REPÚBLICA E DO CONSELHO DE DEFESA NACIONAL
SUBSEÇÃO I - DO CONSELHO DA REPÚBLICA
SUBSEÇÃO II - DO CONSELHO DE DEFESA NACIONAL
CAPÍTULO III - DO PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS
SEÇÃO II - DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
SEÇÃO III - DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEÇÃO IV - DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E DOS JUÍZES FEDERAIS
SEÇÃO V - DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO E DOS JUÍZES DO TRABALHO (Emenda nº 92, de 2016)
SEÇÃO VI - DOS TRIBUNAIS E JUÍZES ELEITORAIS
SEÇÃO VII - DOS TRIBUNAIS E JUÍZES MILITARES
SEÇÃO VIII - DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DOS ESTADOS
CAPÍTULO IV - DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA
SEÇÃO I - DO MINISTÉRIO PÚBLICO
SEÇÃO II - DA ADVOCACIA PÚBLICA
SEÇÃO III - DA ADVOCACIA
SEÇÃO IV - DA DEFENSORIA PÚBLICA
TÍTULO V - DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS
CAPÍTULO I - DO ESTADO DE DEFESA E DO ESTADO DE SÍTIO
SEÇÃO I - DO ESTADO DE DEFESA
SEÇÃO II - DO ESTADO DE SÍTIO
SEÇÃO III - DISPOSIÇÕES GERAIS
CAPÍTULO II - DAS FORÇAS ARMADAS
CAPÍTULO III - DA SEGURANÇA PÚBLICA
TÍTULO VI - DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO
CAPÍTULO I - DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL
SEÇÃO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS
SEÇÃO II - DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR
SEÇÃO III - DOS IMPOSTOS DA UNIÃO
SEÇÃO IV - DOS IMPOSTOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL
SEÇÃO V - DOS IMPOSTOS DOS MUNICÍPIOS
SEÇÃO VI - DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS
CAPÍTULO II - DAS FINANÇAS PÚBLICAS
SEÇÃO I - NORMAS GERAIS
SEÇÃO II - DOS ORÇAMENTOS
TÍTULO VII - DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA
CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA
CAPÍTULO II - DA POLÍTICA URBANA
CAPÍTULO III - DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

CAPÍTULO IV - DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

TÍTULO VIII - DA ORDEM SOCIAL

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

CAPÍTULO II - DA SEGURIDADE SOCIAL

SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

SEÇÃO II - DA SAÚDE

SEÇÃO III - DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

SEÇÃO IV - DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

CAPÍTULO III - DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO

SEÇÃO I - DA EDUCAÇÃO

SEÇÃO II - DA CULTURA

SEÇÃO III - DO DESPORTO

CAPÍTULO IV - DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO (Emenda nº 85, de 2015)

CAPÍTULO V - DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE

**CAPÍTULO VII - DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE, DO JOVEM E DO IDOSO
(Emenda nº 65, de 2010)**

CAPÍTULO VIII - DOS ÍNDIOS

TÍTULO IX - DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS

Fonte: Elaborada pelo autor com base na Constituição Federal de 1988, 2021.

APÊNDICE B - Mudanças na quantidade de artigos da Constituição Federal de 1988

Tabela 2 – Mudanças na quantidade de artigos da Constituição Federal de 1988

ARTIGO	EMENDA	ANO	AÇÃO	SEÇÃO
29-A	25	2000	Acrescido	DOGMÁTICA
103-A	45	2006	Acrescido	DOGMÁTICA
103-B	61	2009	Acrescido	DOGMÁTICA
111-A	92	2016	Acrescido	DOGMÁTICA
117	24	1999	Revogado	DOGMÁTICA
130-A	45	2004	Acrescido	DOGMÁTICA
146-A	42	2003	Acrescido	DOGMÁTICA
149-A	39	2002	Acrescido	DOGMÁTICA
163-A	108	2020	Acrescido	DOGMÁTICA
164-A	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
166-A	105	2019	Acrescido	DOGMÁTICA
167-A	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
167-B	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
167-C	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
167-D	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
167-E	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
167-F	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
167-G	109	2021	Acrescido	DOGMÁTICA
171	6	1995	Revogado	DOGMÁTICA
212-A	108	2020	Acrescido	DOGMÁTICA
216-A	71	2012	Acrescido	DOGMÁTICA
219-A	85	2015	Acrescido	DOGMÁTICA
219-B	85	2015	Acrescido	DOGMÁTICA
233	28	2000	Revogado	DOGMÁTICA
54-A	78	2014	Acrescido	ADCT
60-A	108	2020	Acrescido	ADCT
76-A	93	2016	Acrescido	ADCT
76-B	93	2016	Acrescido	ADCT
91	109	2021	Revogado	ADCT
92-A	83	2014	Acrescido	ADCT

Fonte: Elaborada pelo autor com base na Constituição Federal de 1988, 2021.

APÊNDICE C - PEC, cujo conteúdo requer a alteração do atual modelo da Suprema Corte brasileira

Tabela 3 – PEC, cujo conteúdo requer a alteração do atual modelo da Suprema Corte brasileira

PEC	ANO	MODIFICAÇÃO	DECISÃO
PEC ORIUNDAS DO SENADO FEDERAL			
32	2007	Estabelece que o ministro do STF deve possuir diploma em nível superior.	Arquivada
30	2008	A escolha do pretendente à ministro do STF será incumbida à própria Corte Constitucional, dentre lista tríplice, onde a OAB, a CCJ do Senado e a CCJ da Câmara dos Deputados seriam responsáveis por uma indicação cada.	Arquivada
44	2012	Dispõe que ocorrendo vaga compor-se-á lista sêxtupla, formada por dois indicados pelo Ministério Público Federal, através do Conselho Superior do Ministério Público Federal – CSMPE, dois indicados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, um indicado pela Câmara dos Deputados e um indicado pela OAB, através do Conselho Federal; veda a indicação de quem tenha, nos quatro anos anteriores, ocupado mandato eletivo no Congresso Nacional ou cargos de Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União ou Ministro de Estado; estabelece que recebidas as indicações o Presidente da República formará lista tríplice, enviando-a ao Senado Federal, que, obedecendo o trâmite estabelecido na lei, escolherá um nome e o enviará ao Presidente.	Arquivada
58	2012	Estabelece mandato de oito anos, vedada a recondução.	Arquivada
50	2013	Os Ministros do Supremo Tribunal serão escolhidos em lista sêxtupla elaborada, na forma da lei, por órgãos e entidades da área jurídica e composta de pessoas com, no mínimo, dez anos de experiência profissional na mesma área: a) cinco pelo Presidente da República; b) três pela Câmara dos Deputados; c) três pelo Senado Federal.	Arquivada
3	2014	O STF seria composto por integrantes de instituições e categorias específicas, sendo: a) dois entre os ministros do STJ; b) um dentre os juízes dos TRF's e dos TRT's; c) um dentre os desembargadores dos TJ's dos Estados e do DF; d) um dentre membros do Ministério Público da União; e) um dentre memebros do Ministério Público Estadual; f) um dentre advogados, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; g) um dentre os integrantes da lista tríplice elaborada pelo Congresso Nacional.	Arquivada
46	2014	Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República com base em indicação do Congresso Nacional, a partir de lista tríplice elaborada pelos integrantes dos tribunais superiores.	Arquivada
55	2014	Os Ministros do Supremo Tribunal serão escolhidos em lista sêxtupla elaborada pelo Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal Militar e os membros do Conselho Nacional de Justiça, da qual será elaborada lista tríplice pelo Supremo Tribunal Federal e enviada ao Senado Federal, que escolherá um nome, o qual será submetido à apreciação do Presidente da República.	Arquivada
17	2015	Determina que, no processo de escolha dos Magistrados dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, fica fixado prazo para sua indicação pela Presidência da República, após o qual a prerrogativa se transfere ao Senado Federal.	Arquivada
35	2015	Determina que os Ministros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos dentre cidadãos com pelo menos quinze anos de atividade jurídica, a partir de lista tríplice elaborada pelos presidentes dos tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União, pelo Procurador-Geral da República e pelo presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Estabelece prazos para o processo de escolha, mandato de dez anos e inelegibilidade por cinco anos após o término do mandato.	Pronta para a pauta na comissão
46	2015	Estabelece prazos para a indicação do novo ministro e indica os requisitos para a análise do "notável saber jurídico" e "reputação ilibada".	Arquivada

52	2015	Estabelece que a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal dar-se-á por concurso público para mandatos de 5 anos.	Aguardando designação do relator
59	2015	Estabelece prazos para a indicação, apreciação e nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal	Pronta para a pauta na comissão
16	2019	Cria mandato de 8 anos para os ministros do STF. Estabelece prazos para sua indicação, aprovação pelo Senado Federal e nomeação. Prevê hipótese de escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.	Pronta para a pauta na comissão
PEC ORIUNDAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS			
473	2001	Alterna entre o Presidente da República e o Congresso Nacional a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.	Aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA; aguardando recebimento pela Comissão Especial.
546	2002	Os ministros serão escolhidos por lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal, composta por magistrados com mais de 15 anos de magistratura.	Arquivada
566	2002	Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos pela própria Corte Constitucional, sendo: um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais; um terço por desembargadores dos Tribunais de Justiça; e um terço em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e dos Territórios, alternadamente.	Apensada à PEC 473/2001
569	2002	O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros com mais de quinze anos de carreira na magistratura, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação em Concursos Públicos de provas e títulos.	Devolvida ao Autor
484	2005	Dispõe que os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos pelo Congresso Nacional, não podem ter exercido mandato eletivo, cargo de Ministro de Estado ou de presidente de partido político por um período de quatro anos após o afastamento, e se tornam inelegíveis pelo mesmo prazo, a partir do afastamento efetivo de suas funções judiciais.	Apensada à PEC 473/2001
128	2007	Os candidatos terão mais de 45 anos e menos de 60 anos de idade, escolhidos dentre lista tríplice elaborada pelo Supremo Tribunal Federal. As 11 vagas serão compostas por 5 Ministros oriundos da magistratura com mais de 20 anos, 4 da advocacia e do Ministério Público e 2 do Congresso Nacional com formação jurídica.	Arquivada
262	2008	Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos dentre os Ministros integrantes do Superior Tribunal de Justiça pelo critério de antiguidade e merecimento, alternadamente.	Aguardando Designação - Aguardando Devolução de Relator que deixou de ser Membro

342	2009	Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos: cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal; dois pela Câmara dos Deputados; dois pelo Senado Federal; dois pelo Supremo Tribunal Federal. As escolhas dar-se-ão por lista tríplice imposta pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos dez anos. Além de estabelecer prazo de 11 anos para os mandatos dos ministros.	Apensada à PEC 473/2001
393	2009	Não pode ser candidato ao Supremo Tribunal Federal, quem fora eleito para mandato político-partidário nos últimos 5 anos. Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República após escolha realizada pelo Conselho Eleitoral, que compor-se-á: I – cinco ministros mais antigos do Supremo Tribunal Federal; II – cinco ministros mais antigos do Superior Tribunal de Justiça; III – cinco ministros mais antigos do Tribunal Superior do Trabalho; IV – o mais antigo Desembargador de cada Tribunal de Justiça e um Juiz de Direito de cada Estado e DF, indicado pela Associação dos Magistrados; V – cinco Juizes Federais mais antigos de cada Tribunal Regional Federal e seis Juizes Federais de cada região; VI – o juiz mais antigo de cada Tribunal Regional do Trabalho de cada região; VII – vinte e um membros do Ministério Público da União, indicados pelos Subprocuradores da República; VIII – um membro do Ministério Público Estadual de cada Estado e do DF, indicado pela associação da entidade; IX – um advogado representando a seccional de cada Estado eleito pela maioria dos conselheiros da Ordem dos Advogados do Brasil em cada Estado da Federação; X – vinte e quatro cidadãos de notável saber jurídico indicados pelo Senado Federal; XI – doze cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados pelo Presidente da República; XII – um cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada indicado pelas Assembleias Estaduais de cada Estado e do DF; XIII – um cidadão de notável saber jurídico indicado por cada Governador de Estado e do DF; Os ministros terão mandato de 8 (oito) anos, vedada a recondução.	Apensada à PEC 473/2001
408	2009	Os candidatos terão mais de 45 anos e menos de 60 anos de idade, escolhidos dentre lista tríplice elaborada pelo Supremo Tribunal Federal. As 11 vagas serão compostas por 6 Ministros oriundos da magistratura com mais de 20 anos, 4 da advocacia privada e pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública, e 1 magistrado de tribunais, oriundos da advocacia, do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, com mais de cinco anos de exercício da judicatura.	Apensada à PEC 128/2007
434	2009	O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de quarenta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, Bacharel em Direito, de notável saber jurídico e reputação ilibada, com, no mínimo, vinte anos de atividade jurídica. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão indicados em lista sêxtupla, elaborada pelo próprio Tribunal, e nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha por três quintos do Senado Federal. Na elaboração da lista sêxtupla, um terço dos nomes indicados, no mínimo, serão oriundos da Magistratura de carreira. Não poderá integrar a lista sêxtupla antes de três anos, quem exerceu cargo eletivo, após o término do mandato, Ministro de Estado, Procurador-Geral da República, Defensor Público-Geral da União, Advogado-Geral da União e seus correspondentes nos Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como quem exerceu cargo de confiança no Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, nas três esferas da Federação. Aos Ministros do Supremo Tribunal Federal aplica-se o impedimento temporal de três anos, a partir do afastamento do cargo, para o desempenho de função pública de livre nomeação e para o exercício da advocacia.	Apensada à PEC 473/2001
441	2009	O cargo de Ministro vago será ocupado pelo decano do Superior Tribunal de Justiça.	Apensada à PEC 473/2001

17	2011	Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I – três Ministros indicados pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre os Ministros do próprio Tribunal; II – dois Ministros indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, dentre os advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, sendo defesa a indicação de quem ocupe ou tenha ocupado a função de conselheiro no período de três anos antes da abertura da vaga; III – dois Ministros indicados pelo Procurador-Geral da República, dentre os membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, sendo defesa a autoindicação ou a indicação de quem tenha ocupado a mesma função no período de três anos antes da abertura da vaga; IV – um Ministro indicado pela Câmara dos Deputados, sendo defesa a indicação de um Deputado da mesma legislatura; V – um Ministro indicado pelo Senado Federal, sendo defesa a indicação de um Senador da mesma legislatura; VI – dois Ministros indicados pelo Presidente da República, sendo defesa a indicação de Ministro de Estado ou do Advogado-Geral da União, ou de quem tenha ocupado tais funções no período de três anos antes da abertura da vaga.	Aguardando Criação de Comissão Temporária pela MESA
45	2011	Estabelece que a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal se dará por voto direto e secreto pelos membros da própria Corte Suprema, dentre lista tríplice formada pela escolha do Presidente da República, Superior Tribunal de Justiça e Conselho Nacional de Justiça, com nomeação pelo STF.	Apensada à PEC 262/2008
56	2011	O indicado à ministro deverá ter entre 40 e 65 anos.	Apensada à PEC 25/2011
143	2012	Estabelece forma alternada, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, para a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, cujos mandatos serão de sete anos, vedada a recondução.	Apensada à PEC 262/2008
161	2012	O mandato dos ministros do Supremo Tribunal Federal será de oito anos, ressalvado o encerramento anterior ao prazo pela superveniência de aposentadoria, sendo vedada a recondução ou o exercício de novo mandato naquela Corte.	Apensada à PEC 143/2012
227	2012	O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, sendo: I – três ministros indicados pelo próprio Supremo Tribunal Federal; II – três ministros indicados pelo Presidente da República; III – três ministros indicados pela Câmara dos Deputados; IV – dois ministros indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil. O mandato dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será de cinco anos, podendo ser reconduzidos por uma única vez para período imediatamente subsequente.	Apensada à PEC 143/2012
243	2013	O candidato à Ministro deverá ter, além dos outros requisitos já instituídos, mais de dez anos de carreira jurídica, escolhido dentre magistrados, membros do Ministério Público, membros da Defensoria Pública, advogados públicos e privados. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação em concurso público de provas e títulos, nos termos de lei ordinária específica.	Apensada à PEC 128/2007
275	2013	Criação da Corte Constitucional, composta por 15 ministros, os quais serão nomeados pelo presidente do Congresso Nacional, após aprovação nas duas Casas Legislativas federais, derivada de lista tríplice composta por candidatos oriundos do Ministério Público e da advocacia, com idade entre 40 e 60 anos, elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.	Aguardando Designação - Aguardando Devolução de Relator que deixou de ser Membro
367	2013	O candidato à Ministro deverá ter, além dos outros requisitos já instituídos, mais de dez anos de carreira jurídica. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal sendo: I – cinco membros dentre Ministros do Superior Tribunal de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal; II - dois membros dentre Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal; III – quatro membros dentre advogados e membros do Ministério	Apensada à PEC 243/2013

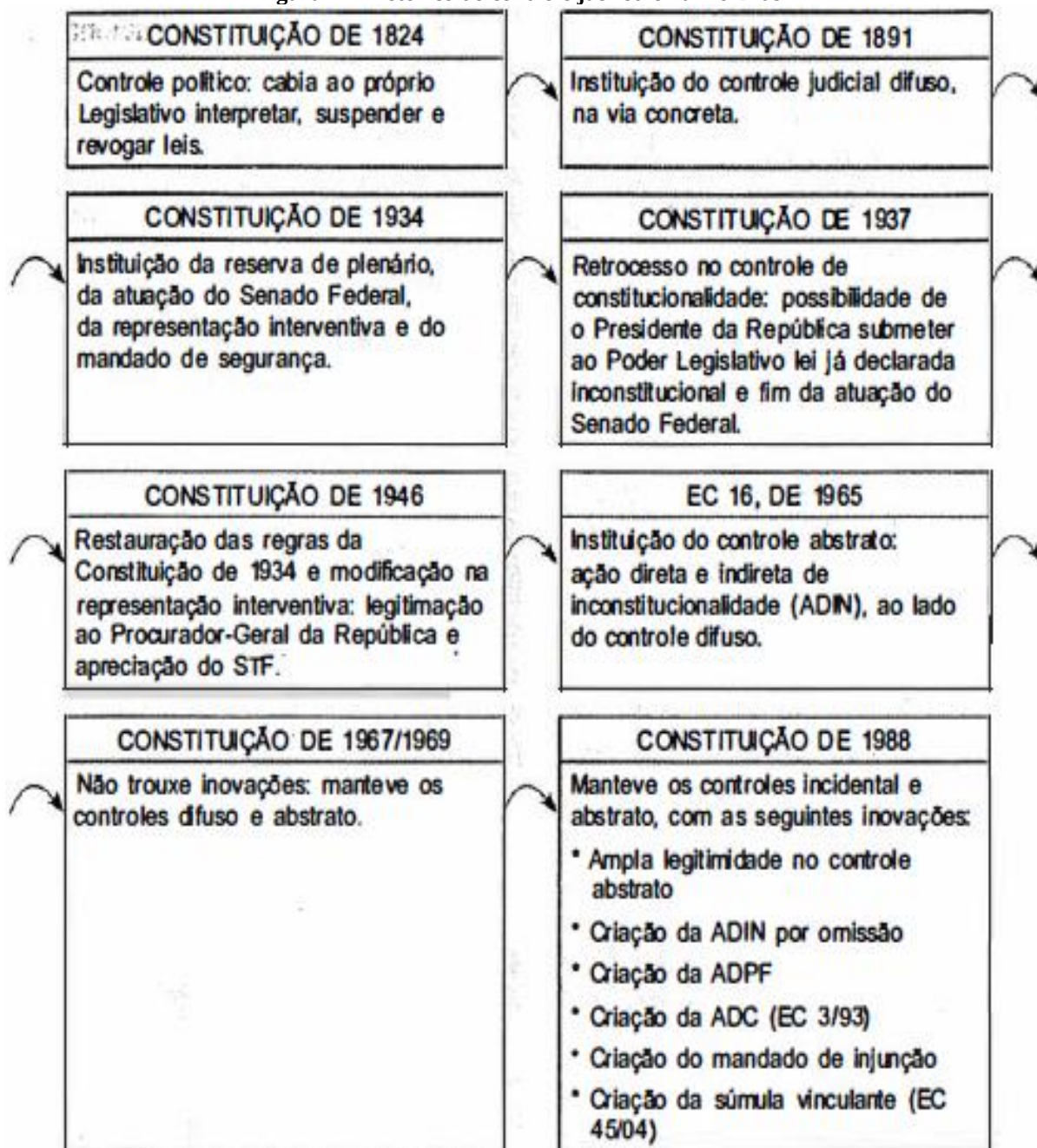
		Público da União e dos Estados, alternadamente, indicados na forma do art. 94 da CF/88.	
378	2014	Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos: cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal; dois pela Câmara dos Deputados; dois pelo Senado Federal; dois pelo Supremo Tribunal Federal. As escolhas dar-se-ão por lista tríplice imposta pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelos órgãos colegiados das Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado em funcionamento há pelo menos dez anos. Além de estabelecer prazo de 11 anos para os mandatos dos ministros.	Apensada à PEC 262/2008
449	2014	Aumenta para 15 o número de ministros. Estabelece mandatos de 8 anos, vedada a recondução ou novo mandato, para Ministros do Supremo Tribunal Federal. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos: I – cinco Ministros indicados pelo próprio Presidente da República; II – cinco Ministros indicados pelo Congresso Nacional, e; III – cinco Ministros, dentre o quadro de magistrados, indicados pelo Superior Tribunal de Justiça.	Apensada à PEC 227/2012
55	2015	Altera o art. 101 da Constituição Federal para determinar um mandato de dez anos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e para modificar o quórum de aprovação no Senado Federal para três quintos dos membros.	Apensada à PEC 473/2001
90	2015	Estabelece mandatos de 10 anos, vedado a recondução ou novo mandato. Prazo de 30 dias para indicação pelo Presidente da República após a vacância do cargo; e de 30 dias para nomeação após a aprovação no Senado.	Apensada à PEC 55/2015
95	2015	O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos dentre cidadãos com mais de quarenta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, com mandato de 12 (doze) anos, vedada a recondução. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos: I – cinco pelo Presidente da República; II – dois pelo Senado Federal; III – dois pela Câmara dos Deputados; e IV – dois pelo Supremo Tribunal Federal. As escolhas pelo Supremo Tribunal Federal recairão em candidatos provenientes da magistratura. Não poderão ser nomeados Ministros do Supremo Tribunal Federal aqueles que exerçam ou tenham exercido mandato eletivo, ocupado cargo de Ministro de Estado ou de presidente de partido político, pelo prazo de quatro anos a contar do término do mandato ou do afastamento definitivo das suas funções.	Apensada à PEC 90/2015
180	2015	Impõe que Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre a ocupação dos cargos de Ministro.	Apensada à PEC 262/2008
259	2016	Acrescenta o requisito de mínimo de 10 anos de carreira jurídica ao candidato à Ministro, escolhido por uma Comissão Mista entre os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, advogados públicos e privados, através de lista quántupla elaborada pelo Supremo Tribunal Federal.	Apensada à PEC 143/2012
276	2016	Estabelece mandatos de 8 anos, vedada a recondução, para Ministros do Supremo Tribunal Federal.	Apensada à PEC 143/2012
309	2017	Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos: I - dois serão escolhidos pelo Senado Federal e dois pela Câmara dos Deputados, com a aprovação da maioria dos membros da respectiva Casa, após parecer de Comissão Especial que discutirá os nomes apresentados. II – Sete serão indicados pelo Presidente da República, e aprovados por uma Comissão Especial do Senado Federal, através de votação secreta, devendo dois destes serem necessariamente oriundos da carreira da magistratura. Há a exigência de, no mínimo, dez anos de atividades forenses.	Arquivada

310	2017	Dá nova redação ao caput do art. 101 da Constituição Federal para impedir o preenchimento de vaga no Supremo Tribunal Federal por candidato que tenha ocupado cargo de confiança durante o mandato do Presidente da República em exercício	Apensada à PEC 262/2008
313	2017	Estabelece que aqueles que exerceram cargo em comissão ou função de confiança no Poder Executivo, assim como qualquer atividade político-partidária, somente poderão ser nomeados Ministros do Supremo Tribunal Federal depois de decorridos dez anos do afastamento do referido cargo, função ou atividade.	Apensada à PEC 259/2016
388	2017	Estabelece requisitos geográficos para a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.	Apensada à PEC 259/2016
406	2018	Estabelece mandatos de 10 anos para Ministros do Supremo Tribunal Federal. Escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, com prazo estabelecido e limitados à lista tríplice. Responsabilidade da Ordem dos Advogados do Brasil para escolher subsidiariamente o Ministro, quando da não observação pelo presidente do prazo legal e na elaboração da lista tríplice. Além de estabelecer impedimentos quanto à escolha dos candidatos.	Apensada à PEC 259/2016
413	2018	Acrescenta o requisito de mínimo de quinze anos de efetivo exercício de atividade privativa de bacharel em direito para a escolha do Ministro, que se dará mediante concurso público de provas e títulos, realizado em até seis meses após a vacância do cargo, para mandato de 10 anos.	Apensada à PEC 378/2014
225	2019	Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos: I - três pelo Presidente da República, sendo pelo menos um oriundo da carreira da magistratura, que oficie pelo menos na segunda instância, com aprovação pelo Senado Federal; II - três pela Câmara dos Deputados, sendo pelo menos um oriundo da carreira da magistratura, que oficie pelo menos na segunda instância; III - três pelo Senado Federal, sendo pelo menos um oriundo da carreira da magistratura, que oficie pelo menos na segunda instância; IV – dois pelo Supremo Tribunal Federal, sendo pelo menos um oriundo da carreira da magistratura, que oficie pelo menos na segunda instância, com aprovação pelo Senado Federal. Os juristas nomeados para o Supremo Tribunal Federal que não sejam oriundos da magistratura devem possuir pelo menos dez anos de atividade jurídica e no mínimo uma pós-graduação stricto sensu. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal exercerão os cargos pelo período máximo de doze anos.	Apensada à PEC 259/2016

Fonte: Elaborada pelo autor com base nas informações disponíveis pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, 2021.

ANEXO A - Histórico do controle jurisdicional no Brasil

Figura 1 – Histórico do controle jurisdicional no Brasil



Fonte: (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p 802)