

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DO JUSNATURALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO UMA ANÁLISE
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL**

Vinícius Renato Franco

Presidente Prudente/SP
2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DO JUSNATURALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO UMA ANÁLISE
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL**

Vinícius Renato Franco

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso e obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. João Victor Mendes de Oliveira.

Presidente Prudente/SP
2021

**DO JUSNATURALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO UMA ANÁLISE
SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: João Victor Mendes de Oliveira

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral

Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2021.

EPÍGRAFE

"Se nós tivéssemos escolhido uma posição na vida na qual nós pudéssemos quase que inteiramente trabalhar para a humanidade, nenhum fardo poderia nos derrubar, porque eles são sacrifícios para o benefício de todos; então nós podemos experimentar não uma alegria mesquinha, limitada, egoísta, mas nossa felicidade pertencerá a milhões, nossas ações viverão em silêncio, mas perpetuamente no trabalho, e acima de nossas cinzas serão derramadas as lágrimas quentes das pessoas nobres. "

Karl Marx

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me proporcionou força, capacidade e sabedoria para superar os desafios e adversidades ao longo desse extenso trabalho, e pôr a cada instante zelar por mim.

Gostaria de agradecer meu orientador João Victor Mendes Oliveira, por me instruir seguir com louvor às orientações para que eu consumasse corretamente esse longo percurso, retificando e se certificando de que tudo está adequado aos preceitos.

Agradeço meus pais por terem me dado a vida e continuamente ajudar-me nos obstáculos e desafios que encontrei ao decorrer da vivência, aprecio a todos os momentos que persistiram para que eu concluísse com êxito essa presente fase, e em nenhuma circunstância deixaram de me apoiar ou de me incentivar, que muito pelo contrário só me motivaram a ir cada vez mais longe.

Um agradecimento especial ao Pedro Camacho, que me auxiliou e me direcionou neste complexo percurso, me orientando e melhorando-me como pessoa e profissional, me aprimorando e sempre estando disposto a me preparar para uma nova etapa que se inicia, e por sempre estar ao meu lado para me aconselhar e ajudar quando fosse necessário.

Aprecio meus colegas que estiveram comigo desde o início até o fim concluindo as metas, e a todos aqueles que contribuíram de alguma forma, seja diretamente ou indiretamente para a conclusão desta etapa, agradeço todos que me incentivaram e apoiaram a concluir com grande sucesso o decorrer deste ciclo que se encerra.

Reiterando os agradecimentos, gratulo a todos que se mantiveram presentes comigo em todos os momentos, e que sempre me incentivaram e me apoiando quando lhes fosse necessário, e, portanto, sou extremamente grato a todos vocês que de alguma forma contribuíram e possibilitaram para a realização do presente feito.

RESUMO

O presente trabalho vem com o intuito de fazer uma análise filosófica em geral, mas em especial ao jusnaturalismo moderno, o idealismo jurídico, a fenomenologia do espírito de Hegel e ao juspositivismo, onde vamos analisar e explicar de uma forma detalhada cada um desses fenômenos.

No que tange ao constitucionalismo iremos fazer uma análise detalhada sobre os vários períodos de sua evolução sendo o constitucionalismo antigo, o constitucionalismo inglês ao constitucionalismo clássico, falando sobre o constitucionalismo moderno e finalizando com o constitucionalismo contemporâneo, do qual aborda o neoconstitucionalismo e suas nuances.

Finalizando com uma análise ao ativismo judicial sobre os a história dos tribunais, a separação natural de poderes o sistema que o Brasil adotou desde a sua primeira constituição e abordaremos os tribunais internacionais.

Ao ativismo judicial abordaremos os principais pontos tais como positivos e negativos e concluindo a análise de como o ativismo judicial se dá ao sistema da Civil Law e da Common Law, e deixando breves considerações do ativismo judicial.

Palavras-chave: Jusnaturalismo; Filosofia; Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial; Judicialização.

ABSTRACT

The present work is intended to make a philosophical analysis in general, but especially to modern natural law, legal idealism, Hegel's phenomenology of spirit and legal positivism, where we will analyze and explain in detail each of these objects.

Not regarding constitutionalism, we will make a detailed analysis of the various periods of its evolution from ancient constitutionalism, English constitutionalism to classical constitutionalism, talking about modern constitutionalism and ending with contemporary constitutionalism, which approaches neoconstitutionalism and its nuances.

Ending with an analysis of judicial activism on the history of courts, the natural separation of powers the system that Brazil has adopted since its first constitution, and we will approach international courts.

On judicial activism we will address the main points such as positives and negatives and concluding an analysis of how judicial activism is part of the Civil Law system and the Lower Communion, leaving brief considerations on judicial activism.

Keywords: natural law; philosophy; Constitutionalism; Neoconstitutionalism; judicial activism; judicialization.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Os primórdios do ativismo judicial.....	11
2.1 Jusnaturalismo Moderno.....	11
2.2 O Idealismo Jurídico.....	15
2.3 Fenomenologia do Espírito de Hegel.....	18
2.4 Juspositivismo.....	22
3. Constitucionalismo.....	25
3.1 Constitucionalismo antigo.....	26
3.1.1 Primórdios do constitucionalismo.....	27
3.1.2 Estado hebreu.....	29
3.1.3 Grécia.....	30
3.1.4 Roma.....	31
3.1.5 Magna Carta.....	32
3.2 Constitucionalismo Inglês.....	33
3.2.1 Lei do Habeas-Corpus (1679).....	34
3.2.2 Bill of Rights (1689).....	35
3.3 Constitucionalismo clássico.....	37
3.3.1 Constituição dos Estados Unidos da América (1786).....	38
3.3.2 Constituição Francesa (1791).....	41
3.4 Constitucionalismo moderno.....	44
3.4.1 Constituição México (1917).....	45
3.4.2 Constituição Alemã (1919).....	48
3.5 Constitucionalismo contemporâneo.....	51

3.5.1 Neoconstitucionalismo.....	52
3.5.2 Constitucionalismo do futuro.....	54
3.5.3 Constituição Brasileira (1988).....	55
4. Tribunais Constitucionais.....	58
4.1 Da gênese do constitucionalismo ao tribunal constitucional	58
4.2 Importância da separação natural de poderes.....	60
4.3 Sistema republicano.....	63
4.4 Tribunais Internacionais.....	64
5. Ativismo Judicial.....	67
5.1 Pontos Positivos.....	70
5.2 Pontos Negativos.....	71
5.3.O ativismo judicial no Civil Law e Commun Law.....	72
6 Conclusão.....	75
7 Referências.....	78

1 INTRODUÇÃO

Para a realização do presente trabalho foi utilizada a metodologia indutivo e dedutivo, o ativismo judicial é um tema de grande repercussão que envolve muitas temáticas atuais, essenciais para a vida o nosso cotidiano, medidas estas tomada pelo STF (Supremo Tribunal Federal) que interferem diretamente nas nossas vidas.

Nesta toada este trabalho vem para mostrar os aspectos históricos que deram origem ao ativismo judicial e suas nuances visto que é um tema com posicionamento divergente que sempre é muito debatido, vamos trazer pontos aprofundados, visto que muitos trabalhos se preocupam apenas com os conhecimentos rasos sobre o tema.

Mostra-se pontos mais específicos e bem trabalhados sobre as diversas temáticas que abrange este tema, inclusive aqui traremos a sua origem e seus fundamentos desde a filosofia até o constitucionalismo.

Nesta etapa inicial trataremos exclusivamente sobre as origens históricas do ativismo, ou seja, toda a parte histórica filosófica do tema para que possamos compreendê-lo melhor e posteriormente alcançar todas as questões constitucionais que originaram a temática que envolve as atualidades do ativismo judicial.

2 OS PRIMÓRDIOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Como tudo na vida este tema tem um origem histórica, aqui vamos mostrar sua origem e seu desenvolvimento históricos, que fez com que este tema ganhasse tanto território. E cada dia que passa sempre vamos ser abarcados por algum aspecto sobre este tema.

Tendo seus aspectos históricos abarcados pelo jusnaturalismo moderno, o idealismo jurídico e o juspositivismo, nos próximos tópicos vamos nos aprofundar nos aspectos históricos do ativismo judicial, que foi o ponto de partida para o desenvolvimento dos estudos grandes filósofos da época.

2.1 Jusnaturalismo moderno

Antes de entrarmos no ponto onde mais nos interessa temos que falar brevemente sobre o Direito Natural, ou o propriamente dito o jusnaturalismo, onde as leis eram criadas por Deus/natureza e seguidas pela homens, sem questionamentos, um direito onde as leis advinham da natureza, e com o passar do tempo grandes filósofos como Thomas Hobbes, Hugo Crócio, Samuel Pufendorf, Francisco Suárez, John Locke, Francisco de Vitória e Rudolf Stammler foram grandes pensadores e expoentes que demarcaram essa transição, em que passa de um direito natural e começa a ser explicado pela ciência, razão humana.

O jusnaturalismo é exatamente a passagem desse direito natural, onde tudo é fundamentado através de deus e da natureza e passamos a procurar fundamento na ciência e na razão humana.

Este movimento se iniciou no Século XVI, foi quando ficou estabelecido que as Escrituras são as fontes do direito. Não podemos falar de jusnaturalismo sem antes nos recordarmos de alguns filósofos que fizeram grande diferença para esse período, onde se destacaram Hugo Crócio, Samuel Pufendorf e John Locke.

Segundo Hugo Crócio “*O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas*”, partindo deste pensamento, aqui estamos passando por uma transição estamos saindo do Direito Natural, onde tudo era justificado por Deus e passando a entender que o homem que

é o próprio responsável, que neste momento em especial se começa a procurar fundamentos na ciência e na razão humana.

Estes pensamentos teve tanto impacto que foi um dos pensamentos que incentivou a Revolução Francesa (1789), isto fez com que fossem rompidos os pensamentos teocráticos e do Direito Natural que haviam naquela época.

Crócio desenvolveu seu estudo com base nos dos pensamento dos grandes matemáticos, um deles foi Aristóteles por onde Crócio dilatou seu pensamento no trecho a seguir *“portanto, não há nada de arbitrário no direito natural, como há arbitrariedade na aritmética. Os ditames da reta razão são o que a natureza humana e a natureza das coisas ordenam”*. Este foi um dos pensamentos mais fortes de Hugo Crócio e fez com que muitas coisas evoluíssem desde então, principalmente naquela época onde se formou os principais precursores do jusnaturalismo moderno.

O que levou Samuel Pufendorf¹ a aderir o pensamento de Crócio, Pufendorf acreditava que o direito natural era uma coisa criada por Deus e por sua vez, o inseriu na razão humana, uma das principais evidências disso é um trecho retirado do seu próprio livro que diz o seguinte:

Quoique la souveraineté résulte immédiatement des conventions humaines, cela n’empêche pas, souligne-t-il, que pour la rendre plus sacré et plus inviolable, il ne faille un principe plus relevé et que l’autorité des Princes ne soit de droit divin aussi bien que de droit humain. Car, poursuit-il, depuis que les hommes se furent multipliés considérablement, la droite raison leur ayant fait voir que l’établissement des sociétés politiques était absolument nécessaire pour l’ordre, la tranquillité et la conservation du genre humain, Dieu en tant que l’Auteur doit aussi être certainement considéré comme Auteur des sociétés politiques et par conséquent de la souveraineté sans laquelle elles ne sauraient se concevoir.

Podemos ver como era o pensamento de Pufendorf, e como ele acreditava que o direito natural era uma coisa que Deus criou e inseriu na razão humana, posteriormente quando ele percebe que este pensamento estava ficando “ultrapassado” ele adere um pensamento mais atual da época que era voltado para o

¹ Que a soberania resulte imediatamente das convenções humanas, isto não impede, sublinhe-se, que, para torná-la mais sagrada e mais inviolável, seja dispensável encontrar um princípio mais importante e que a autoridade dos príncipes não seja de direito divino ao mesmo tempo que humano. Então, depois que os homens se multiplicaram consideravelmente, a reta razão lhes tendo feito ver que o estabelecimento de sociedades políticas era absolutamente necessário para a ordem, a tranquilidade e a conservação do gênero humano. Deus enquanto criador deve também ser considerado o criador das sociedades políticas e, por consequência, da soberania, sem a qual aquelas não poderiam ser concebidas” (Curso de filosofia do direito / Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. – 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 421).

método de Hugo Crócio onde as ciências matemáticas e o raciocínio indutivo possuíam grande importância, o que fica evidente na próxima citação que abordaremos:

Il faudrait en vérité rassembler alors tout ce que les différents peuples considèrent comme Droit et ce sur quoi tous et chacun tombent d'accord. En réalité, cette voie est incertaine, infinie et presque impraticable...car je crois qu'il n'y a pas une prescription du Droit naturel que ne contredisent les moeurs ouvertement admises de n'importe quel peuple (...)
Après avoir ainsi rejeté cette méthode, je pense qu'on doit plutôt suivre ici les mathématiciens, c'est-à-dire qu'il faut établir un principe immuable que personne e ensé ne peut mettre en doute et dont alors tout ce qui est de Droit naturel et durable puisse procéder.²

Contudo podemos observar toda a elaboração de seu pensamento e a transição do que sairia no mundo metafísico e passaria para a razão humana com base nas ciências aplicadas, continuando a evolução dessa tese entramos dentro dos ideais de John Locke, que por sua vez teve relevância com grandes pensadores do contratualismo, o que trouxeram novas concepções para a temática.

John Locke dizia que ele não acreditava que as leis são inatas, mas não é por conta que são inatas que Locke não acreditava na existência de outras leis e normas já positivadas, Locke dizia que as leis naturais não são inatas, na realidade elas estão natureza, e os seres humanas por sua vez pode conhecer-las através da razão.

Isso fica bem evidente com o livro de “Bobbio³, Locke e o Direito Natural.”

Há uma grande diferença entre uma lei inata e uma lei da natureza, entre uma verdade impressa originalmente na alma e uma verdade que ignoramos, mas que todos podem conhecer, servindo-nos do modo justo daquela faculdade que recebemos da natureza.

² Seria necessário juntar tudo o que os diferentes povos consideram como Direito e sobre o que todos e cada um estão de acordo. É verdade, esta via é incerta, infinita e quase impraticável..., pois eu creio que não há uma prescrição do Direito Natural que não contradiga os costumes abertamente admitidos por não importar qual povo...

Após ter rejeitado esse método, penso que é melhor seguir o dos matemáticos, ou seja, que é preciso estabelecer um princípio imutável, o qual a pessoa razoável não possa pôr em dúvida e da qual tudo o que é de direito natural possa derivar” (Curso de filosofia do direito / Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. – 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 421).

³ Bobbio, Locke e o Direito Natural, 1997, p. 145.

Ou seja, as leis não são inatas, elas estão na natureza cabe a cada um de nós conhecermos através do uso da razão esse é o pensamento de Locke.

Locke tinha uma boa visão do estado uma forma mais, do que alguns de seus colegas, pois eles acreditavam em um estado negativo, portanto Locke pensa de uma forma positiva, um estado de paz, mas, essa paz do estado de natureza seria quebrada sempre que houvesse alguma forma de conflito entre as pessoas.

Locke era contratualista e criou o contrato social, o que traria mais paz a sociedade, onde basicamente se consistiria onde as duas partes compartilhassem um conflito com um terceiro e esse terceiro por sua vez diria com quem esta a razão e dessa forma seria restabelecida a paz na sociedade, como Locke diz “o maior inconveniente do estado de natureza é a falta de um juiz imparcial para julgar as controvérsias que nascem – e não podem deixar de nascer – entre os indivíduos que participam de uma sociedade.”⁴

Com isso, o direito natural vai reger sobre o estado civil que basicamente seria uma espécie de proteção dos direito naturais, desta forma viria para garantir e prever um grande perigo a sociedade, criando assim um estado que seria capaz de nos defender e de evitar um perigo a vida, e evitaríamos grandes guerras.

2.2 O Idealismo Jurídico

O principal expoente do idealismo foi Immanuel Kant, que trouxe as primeiras impressões, e posteriormente George Wilhelm Friedrich Hegel trouxe outras nuances para a temática, o idealismo é a passagem do jusnaturalismo (direito natural) para o racionalismo, lembrando que Locke falava que o direito natural está na natureza que podemos conhecê-lo através da razão, Kant e Hegel vão tratar exatamente sobre este ponto. Kant veio com uma estreita crítica onde ele criou uma nova teoria do conhecimento, chamada de idealismo transcendental, que por sua vez fundou se tornando o fundador da a filosofia como conhecemos hoje, um todo e além de se considerado o pai do criticismo criou o criticismo, uma tendência crítica do conhecimento filosófico, assim como Kant esperava, que visaria delinear o conhecimentos humanos.

⁴ Curso de filosofia do direito / Eduardo C. B. Bittar. – 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 426

O conhecimento é o início da experiência, mas somente ele é incapaz de produzir conhecimentos, “*Se, porém, todo o conhecimento se inicia com a experiência, isso não prova que todo ele deriva da experiência*” (Kant, *Crítica da razão pura, trad., 1994, B1, I, p.36*).

Kant acreditava que vemos o mundo através de um filtro e tudo o que vemos e sentimos passa por esse filtro, esse filtro é a mente humana, pois tudo que acontece no tempo e no espaço e toda mudança tem uma causa, mas segundo Kant isso não deve ser a realidade mas, sim uma última instância pois não temos acesso ao mundo como é o mundo por conta do nosso filtro e sem ele seríamos incapazes de experimentar qualquer coisa.

No seu livro “A Crítica da Razão Pura”, Kant se preocupou com um questionamento central que é *Como que é a realidade?* Kant pensava que jamais veríamos a realidade como ela é em sua essência, pois não conseguiríamos aprender direto a respeito do mundo numênico, ou seja, o que está por trás das aparências.

O mundo numênico como Kant denomina é um mundo onde não temos acesso que é o mundo onde as coisas realmente são, este não está possível alcançável para nós por conta do nosso filtro, entretanto existe o mundo dos fenômenos que é o mundo onde conseguimos enxergar como é que as coisas se parecem, este seria um mundo das coisas o do conhecimento.

Para Kant⁵:

Chamo transcendental a todo o conhecimento que em geral se ocupa menos dos objetos, que do nosso modo de os conhecer, na medida em que este deve ser possível a priori.

Denomina-se a priori esse conhecimento [independente da experiência] e distingue-se do empírico, cuja origem é a posteriori, ou seja, na experiência.

Não podemos saber se a realidade é uma ou muitas, por não saber nada sobre o mundo numênico⁶ e o mundo das coisas tal em si, que é como as coisas realmente são e, portanto, não conseguirmos aprender nada diretamente com ele, entretanto podemos conhecer o mundo fenomênico que é o mundo em que

⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 2013, p. 53 e 37.

⁶ O Mundo numênico segundo Kant é tudo aquilo que existe mas não pode ser registrado através da experiência existe apenas no mundo inteligível.

experimentamos com os sentidos, isso significa, tudo aquilo que vemos, sentimos e tocamos é o mundo fenomênico⁷.

O mundo numênico ele se oculta por trás do mundo fenomênico que é o mundo em que sentimos e vemos, o mundo numênico é algo muito mais profundo ele se oculta pelo mundo fenomênico, então existem aspectos que nunca vamos conseguir ver por conta de nossas apreensões.

Contudo Kant afirma em sua obra “Crítica da Razão Pura” que o conhecimento parte da experiência e da razão. Por isso, dividiu-o em conhecimento “a priori” e conhecimento “a posteriori”. A razão tem função de organizar as ações humanas. Por isso, o conhecimento parte dela, por isso é puro.

Desta forma o conhecimento “a priori” seria todo o conhecimento que depende da razão, um exemplo é dizer que todos os homens são homens, pois o gênero masculino é homem, ou seja, não precisamos de conhecimentos aprofundados para afirmar isso. Já o conhecimento “a posteriori” é todo o conhecimento que precisamos da experiência, exemplificando como sabemos que o limão é azedo? você ou outra pessoa teria que experimentar para saber que limão é azedo, ou seja, este é um conhecimento “a posteriori” vem depois da experiência. Portanto:

Assim, se alguém escava os alicerces de uma casa, “a priori” poderá esperar que ela desabe, sem precisar observar a experiência da sua queda, pois, praticamente, já sabe que todo corpo abandonado no ar sem sustentação cai ao impulso da gravidade. Assim esse conhecimento é nítida mente empírico.⁸

Kant ainda define esse conhecimento “a priori” sendo como puro e impuro, sendo que o conhecimento puro seria todo o conhecimento que não precisou passar por alguma experiência para adquirir, ou seja, uma ideia, uma experiência passada por outra pessoa, aqui seria qualquer conhecimento que outra pessoa passou e falou para você. Já o conhecimento “a priori” impuro você passou por esses exemplos no passado e esses conhecimento já estão na razão, *“toda mudança tem uma causa”, é um princípio “a priori”, mas impuro, porque o conceito de mudança só*

⁷ O Mundo fenomênico de acordo com Kant é o mundo de como as coisas parecem ser, ou seja, é tudo aquilo que conseguimos captar através dos nossos sentidos, isso nos leva como que coisas parece ser.

⁸ Obra “Crítica da Razão Pura” p. 3 - Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia).

pode formar-se extra do da experiência.”⁹ Como no exemplo da casa tivemos outras experiências em que ajudaram a nos formar essa ideia de que se escavarmos a fundação da casa ela irá cair de acordo com as leis da gravidade.

Dando continuidade a Crítica da Razão Pura chegamos a parte em que Kant afirma que temos Juízos que nos dão formação para o conhecimento ele faz essa classificação dividindo em três partes, sendo eles Os Juízos Analíticos, Os Juízos Sintéticos e os Juízos Sintéticos a Priori.

Os Juízos Analíticos são todos aqueles “a priori”, aqui o predicado está intimamente ligado ao sujeito, são praticamente as mesmas coisa, basicamente não precisamos da experiência, exemplificando Kant¹⁰ diz:

todos os corpos são extensos”, formulo um juízo analítico, porque não tenho que sair do conceito de corpo para achar unida a ele a extensão, e só tenho que decompô-lo, quer dizer, só necessito tornar-me cômico da diversidade que pensamos sempre em dito conceito para encontrar o predicado; é portanto um juízo analítico.

Aqui o predicado e o sujeito estão combinando diretamente, formando um conceito analítico, Kant utiliza o predicado “extenso” como tudo tem uma forma uma extensão, tudo tem um formato.

Os Juízos Sintéticos basicamente são o contrário do juízo analítico desta forma aqui o sujeito e o predicados são distintos eles não se combinam entre si, o que se difere do juízo analítico, vide exemplo¹¹:

(...)

Quando digo: “todos os corpos são pesados”, já o predicado é algo completamente distinto do que em geral penso no simples conceito de corpo. A adição de tal atributo dá, pois, um juízo sintético.

Os juízos da experiência, como tais, são todos sintéticos.

Porque seria absurdo fundar um juízo analítico na experiência, pois para formá-lo não preciso sair do meu conceito e por conseguinte não me é necessário o testemunho da experiência. P. ex.: “um corpo é extenso” é uma proposição “a priori” e não um juízo da experiência porque antes de dirigir-me à experiência, tenho já em meu conceito todas as condições do juízo; só me resta, segundo o princípio de contradição, tirar o predicado do sujeito e ao mesmo tempo chegar a ter consciência da necessidade do juízo, necessidade que jamais a experiência poderá subministrar-me.

⁹ Idem p.4

¹⁰ Obra “Crítica da Razão Pura” p. 7 - Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia).

¹¹ Obra “Crítica da Razão Pura” p. 7 - Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia).

Nesta toada precisamos distinguir o predicado do sujeito, pois ambos não se identificam, ou seja, precisamos da experiência, Kant está usando o predicado “pesado” como quantidade, quilograma, sendo muito pesado ou bem pesado, porque nem todo corpo vai ter todo o peso em que Kant está abordando, aqui estamos fazendo uma distinção entre o sujeito e o predicado.

Já os Juízos Sintéticos a Priori ou Os Juízos Matemáticos são todos sintéticos, aqui Kant junta os dois juízos o analítico e o sintético, desta forma precisamos da experiência, mas é algo que já temos de certa forma na nossa razão e não precisamos de uma experiência imediatamente, vide exemplo¹²:

Poder-se-ia em verdade crer, à primeira vista, que a proposição $7 + 5 = 12$ é puramente analítica, resultante, segundo o princípio de contradição, do conceito de uma soma de sete e cinco. Mas se a considerarmos com mais atenção, acharemos que o conceito de soma de sete e cinco não contém mais do que a união dos dois números em um só, o que não faz pensar qual seja esse número único que compreenda aos outros dois. O conceito de 12 não é de modo algum percebido só pelo pensamento da união de cinco e sete, e posso decompor todo meu conceito dessa soma tanto quanto quiser, sem que por isso encontre o número 12.

Neste ponto analiticamente $7+5=12$ isso é automático não precisamos utilizar da experiência para comprovar “a priori”, no entanto o número 12 não é um número que ao olhar irá pensar que é $7+5$, pode ser $6+6$, ou seja, o sujeito não está intimamente ligado ao predicado o que o torna um juízo sintético, aqui $7+5$ não está ligado ao 12, posso chegar ao número 12 através de outras somatórias, ou posso simplesmente escrever o número 12 este numero é independente, podemos também contar nos dedos, só que se tratando de números maiores precisamos da experiência para saber qual a somatória correta.

2.3 Fenomenologia do Espírito de Hegel

Hegel utiliza os pressupostos de Kant, como ponto de partida para que seja uma espécie de continuação do seu pensamento, Hegel teve várias obras mas em especial vamos destacar a que é considerada ou que consideramos a mais importante para nossa temática qual seja, a *“Fenomenologia do Espírito”* ou

¹² Obra “Crítica da Razão Pura” p. 8 - Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia).

“*Phänomenologie des Geistes*” que Hegel chamava de “*ciência da experiência da consciência*”, essa obra trata sobre a formação da consciência humana, também foi nesta obra que Hegel declarou que “*tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real*”¹³

Vamos começar definido o que seria o “Espírito” para Hegel, não se trata do que conhecemos popularmente como algo dentro do corpo, para ele, o “Espírito” vai muito além disso. O espírito é uma coletividade de consciências, ou seja, o espírito se dá quando uma alta consciência se encontra com outra alta consciência, e encontra outra e elas mesmas se reconhecem, o espírito de maneira genérica seriam várias altas consciências juntas.

A definição de fenomenologia é uma observação passiva, que os leitores serão os fenomenólogos da obra que irão observar o que a consciência está fazendo, entretanto, não iremos interferir, ou seja, não vamos trazer nada externo, não vamos interferir falando se esta certo ou errado.

Já a fenomenologia do espírito irá apresentar uma série de figuras da consciência, essas figuras seriam o saber e a verdade da consciência, nesta parte a consciência faz uma experiência em que ela acredita que o imediatismo é a verdade, sendo que é um conhecimento riquíssimo, entretanto não é a pura verdade, veja um trecho da obra de Hegel¹⁴:

O saber que, de início ou imediatamente, é nosso objeto, não pode ser nenhum outro senão o saber que é também imediato: - saber do imediato ou do essente. Devemos proceder também de forma imediata ou receptiva, nada mudando assim na maneira como ele se oferece e afastando de nosso apreender o conceituar.

O conteúdo concreto da certeza sensível faz aparecer imediatamente essa certeza como o mais rico conhecimento, e até como um conhecimento de riqueza infinda, para o qual impossível achar limite; nem fora, se percorremos o espaço e o tempo onde se expande, nem dentro, se penetramos nele pela divisão no interior de um fragmento tomado dessa plenitude. Além disso, a certeza sensível aparece como a mais verdadeira, pois do objeto nada ainda deixou de lado, mas o tem em toda a sua plenitude, diante de si.

Neste trecho mostra o saber e a verdade da consciência, a consciência ela só vai evoluir quando ela percebe que perdeu a verdade, os critérios são dado pela própria consciência, ela vai experimentar e vai cair em contradição com seu saber

¹³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Fenomenologia do espírito. 2. ed. Petropolis: Vozes, 1993. p.48.

¹⁴ Apud “Hegel Fenomenologia do Espírito” p.51

e com sua verdade é quando ela entende que perde a sua verdade, isso é a chamada crítica imanente a partir daí será o momento da sua evolução, é isso que a consciência vai fazer por toda a obra. Não cabe aos leitores nem aos fenomenólogos dizer se ela está certa ou errada, isso é fundamental para o pensamento hegeliano.

Hegel diz que o “*espírito é a ideia em si por si,*” e por isso faz uma classificação trinar sobre os espíritos consistindo em espírito subjetivo, espírito objetivo e espírito absoluto, e ainda dentro de cada um deste grupo se subdivide em mais três subgrupos que veremos a seguir.

O Espírito Subjetivo se subdivide em Alma, Consciência e Razão, ou seja, aqui o espírito está cuidando de si mesmo, a alma natural que evolui para a própria consciência que chega ao espírito livre. O Espírito Objetivo se subdivide em Direito, Moralidade e o Costume, neste ponto o espírito passa a ter a consciência do mundo, e desta forma ele se torna um ser livre e propõe liberdade junto com a moral e os costumes, que estabelece a sua liberdade seus propósitos subjetivos, sociais e políticos. O Espírito Absoluto se subdivide em Arte, Religião e a Filosofia, que este por sua vez é a síntese dos dois espíritos anteriores o subjetivo e o objetivo, neste momento o espírito já é plenamente consciente e é conhecedor de si próprio. Para Hegel¹⁵:

O desenvolvimento do espírito é este:

1o) O espírito é na forma da relação a si mesmo: no interior dele lhe advém a totalidade ideal da ideia. Isto é: o que seu conceito é, vem-a-ser para ele; para ele, o seu ser é isto: ser junto de si, quer dizer, livre. [É o] espírito subjetivo.

2o) [O espírito é] na forma da realidade como [na forma] de um mundo a produzir e produzido por ele, no qual a liberdade é como necessidade presente. [É o] espírito objetivo.

3o) [O espírito é] na unidade – essente em si e para si e produzindo-se eternamente – da objetividade do espírito e de sua idealidade, ou de seu conceito: o espírito em sua verdade absoluta. [É] o espírito absoluto.

Hegel mostra as três fases do desenvolvimento dos espíritos, neste ponto o espírito faz um grande progresso, destarte que o espírito ele já tem autonomia humana própria, ele já sabe se distinguir o ser em si da natureza. A vida humana não é somente a existência, refere-se a consciência a liberação do espírito no mundo, para que ele possa evoluir e superior cada vez mais. Na lição de Hegel¹⁶:

¹⁵ HEGEL, 1995 (1830), v. 3, p. 29, § 385, grifos do autor]

¹⁶ HEGEL, 1995 (1830), v. 3, p. 33, § 386, adendo

Só momentaneamente pode o espírito parecer que permanece em uma finitude: mediante sua idealidade, o espírito eleva-se acima dela, sabe do limite que não é um limite fixo. Por isso vai além dele: dele se liberta; e essa libertação não é, como acredita o entendimento, uma libertação jamais acabada, uma libertação apenas visada sempre, até o infinito; ao contrário, o espírito arranca-se desse progresso até o infinito, liberta-se absolutamente do limite do seu Outro, e chega assim ao absoluto ser-para-si; faz-se verdadeiramente infinito.

Entretanto vimos que o espírito ele deve sempre evoluir, o que torna impossível ao espírito absoluto revelar-se o que faz se torna impossível o espírito absoluto revelar-se sem ter passado pelos outros espíritos, o que acarreta mais uma carga da evolução importantíssimo para o conhecimento humano.

É neste caminho que assume o outro, no auge do Espírito finito, a ética concebida por Hegel, a história do mundo em seu sistema. A história mundial traz esse movimento eterno do espírito relacionado a si mesmo, que substitui todas as finitudes. Em sua exterioridade, as pessoas expressam a necessidade da interioridade das idéias, a realização da liberdade, a negação da negação e a assunção da finitude e do entusiasmo das pessoas.

Esses são os três principais desdobramentos dialéticos a cerca da evolução do espírito¹⁷, Hegel¹⁸ ainda diz sobre a moralidade:

§ 105 – O ponto de vista moral é o da vontade no momento em que deixa de ser infinita em si para o ser para si. É este regresso da vontade a si bem como a sua identidade que existe para si em face da existência em si imediata e das determinações específicas que neste nível se desenvolvem, que definem a pessoa como sujeito.

§ 106 – A subjectividade constitui agora a determinação específica do conceito. Diferente que é do conceito enquanto tal, da vontade em si, ou, noutros termos, como vontade do sujeito, como vontade do indivíduo que, sendo para si, é algo que existe (e implica também um carácter imediato), assim a subjectividade dá a existência do conceito. Um plano Superior é

¹⁷ A dialética do Espírito Objetivo obedece a uma trilogia comparável à da Fenomenologia; o Direito Abstrato é a objetivação do Espírito na relação com as coisas do mundo exterior, comparável à dialética da consciência com o mundo na relação do conhecer; na Moralidade, momento de subjetivação da vontade, o Espírito procura a afirmação de si como consciência de si, em que o objeto da consciência é ela mesma; e na dialética da Eticidade, o Espírito move-se não mais com relação direta com a coisa, mas relação consigo (Moralidade), na medida em que passa no outro para si (ou consciência de si), num movimento ao nível da razão, de um nós que ao mesmo tempo é um eu, uma sociedade em que, ao mesmo tempo, o sujeito afirma a sua identidade de ser livre com o outro. Neste nível, a mediação não se faz apenas pela coisa, mas pela dialética a ela interna, enquanto considerada coisa no mundo das relações jurídicas ou trabalho, o elemento dinâmico da base material do direito, a sociedade civil, cuja mola propulsora é a força de trabalho e suas relações” (SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Loyola, 1996, p. 323).

¹⁸ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831. Princípios da filosofia do direito / G.W.F. Hegel; tradução Orlando Vitorino. - São Paulo: Martins Fontes, 1997 p. 97.

definido para a liberdade. Aquela parte da existência em que o elemento real se junta agora à ideia é a subjectividade da vontade: só na vontade como subjectiva é que a liberdade ou vontade em si pode ser real em acto.

Portanto depois de classificarmos os espíritos, podemos extrair que a base de tudo é o Espírito Objetivo, extraímos desta trinca, temos com base de tudo o Espírito Objetivo, pois esse é o exato momento onde o mesmo é agente da liberdade. Este é um momento de discussão no direito pois o espírito determina a liberdade de um modo mais abstrato possível. Por conta de que o direito tem como base o comportamento de vários sujeitos e cabe ao mesmo fixar os limites justos e injustos, o ilícito e o lícito, o que abre uma margem bem grande para a liberdade, que é exatamente neste ponto onde que vamos fazer uma análise com a jusfilosofia hegeliana.

2.4 Juspositivismo

Desde sempre procuramos explicar as coisas que acontecem no mundo e nas nossas vidas, desde os primórdios do tempo até aqui, vimos a evolução do pensamento humano, entre os séculos XVIII e XIX, os pensamentos da evolução da razão estavam muito fortes e acentuados procuramos explicar o mundo e principalmente as fases da razão humana, quais sejam o senso comum, a fase filosófica, a fase teológica e agora vamos falar sobre o juspositivismo, positivismo ou positivismo jurídico são todos sinônimos de uma mesma corrente filosófica.

Um dos grandes autores da época que dirá se não for o maior entre eles foi Auguste Comte um francês que dedicou toda a sua vida a filosofia, muitos dizem que ele é o pai da sociologia, pois ele vivenciou a transição da filosofia para a sociologia, o positivismo é praticamente o primeiro pensamento que envolve a sociologia, antes tentavam explicar o mundo com base em deuses, teologia e metafísica, porém a partir de Comte passou-se explicar o mundo através dos elementos positivados.

Reputa-se a Comte com uso de sua inteligência fazer a sistematização da filosofia positiva, ele faz isso através de algumas de suas obras Curso de Filosofia Positiva (1830-1842), que foi escrito em seis volumes e o Sistema de Política Positiva (1851-1854). Para ele o espírito humano deve ser satisfeito ou deve se satisfazer com um mundo no campo da experiência, e devemos nos dedicar as ciências exatas, tais

como matemática, física, Biologia e Sociologia. Comte faz isso utilizando da *lei dos três estados*, que foi desenvolvida por ele, e, que consiste no estado teológico ou fictício, o estado metafísico ou abstrato e o estado científico positivo.

Por consequência o espírito irá passar pela lei dos três estados independentemente do que aconteça, pois o primeiro estado teológico é o ponto de partida importantíssimo para a inteligência humana, nele o espírito humano está conhecendo a natureza se dedica apenas as causas primeiras e finais.

No estado metafísico o espírito humano passa a utilizar explicações com base em entidades inerentes ao seres do mundo, este segundo estado serve apenas para a transição de um estado para o outro. No estado positivo, o espírito reconhece a impossibilidade de noções absolutas e para de procurar a origem no universo, passando se preocupar com as explicações dos fatos em termos reais, este estado é fixo e definitivo.

Portanto, agora a razão humana se preocupa apenas com os conhecimentos consolidados, os conhecimentos teológicos e metafísicos foram de suma importância para a evolução até chegarmos ao estado positivo, desta forma o espírito humano irá se preocupar apenas com a ciência para explicar o mundo tanto físico como o social e por conseguinte a ciência passará a ser a responsável pelo mundo, o espírito se preocupava com as leis positivas.

O que nos leva Escola da Exegese essa foi a primeira manifestação do positivismo no campo jurídico que foi através da elaboração do Código Napoleônico no século XIX, a Escola da Exegese vem com uma teoria hermenêutica de índole codicista, o que ocasionou uma ponto entre a escola e o Código Civil da França, pois, no Norte do país eram aplicadas as normas costumeiras enquanto no Sul do país prevalecia o *Jus scriptum* baseado no Direito Romano, que por ventura os Direitos Franceses não favoreciam – prezavam pelos anseios de segurança jurídica muito menos havia uniformidade. No livro Filosofia do Direito¹⁹, explanou-se que:

Para a Escola da Exegese o Código representava a única fonte do Direito. O jurista deveria pesquisar o Direito vigente tão somente nas regras esculpidas no *codex*, que seria um todo perfeito e sem lacunas. Negavam aos julgadores a liberdade de recorrerem a outras fontes na busca de soluções para os casos concretos.

¹⁹ N.P. Filosofia do Direito: Grupo GEN, 2020. p. 203. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990244/>. Acesso em: 30 Jun 2021.

Nas palavras de Guido Fassò, o Código fez uma “*ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico*”, que fez com que sua origem devesse à crença racionalista, no qual transformou o Estado na única fonte do direito. Que só se teve fim com a revolução industrial que mostrou o quão ineficiente eram os dois códigos, o que ocasionou um declínio das teorias dos codificadas.

Nessa toada, surge a contradição do juspositivismo que consiste na aplicação fria das leis que estão estabelecidas, ou seja, é a letra fria da lei, não cabe ao magistrado fazer interpretação de acordo com a “teoria imperativista do direito”, a norma é imperiosa, considerada um comando.

“O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural.” Entende a seguir que o posicionamento de um operador do direito, em especial os magistrados, quando do estudo da primorosa ciência jurídica, deve equiparar-se a de um cientista que estuda a realidade fática, natural, ou seja, “abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor”.²⁰

Desta forma é “privado de qualquer condição valorativa ou ressonância emotiva”.²¹ privando o magistrado a interpretação, que em muitos casos não se aplica corretamente o direito e em outros casos a segurança jurídica fica comprometida pelo simples fato de ser a letra fria da lei, exemplo de juspositivista clássico “se existe uma lei aprovando o aborto”, portanto o aborto é bom, e é bom o que está na lei, por isso a moralidade depende daquilo que está posto na letra da lei.

Finalmente o juspositivismo que queria se opor a esse jusracionalismo e idealismo jurídico, acaba terminando assumindo pressupostos daquilo em que ele se contradizia. Visto que a ciência depois da Escola de Frankfurt é a sociologia, ou seja é o estudo que muda de acordo com o tempo, lugar, cultura, religião, história e etc., neste ponto o direito também vai mudar.

Portanto, o juspositivismo que em um primeiro momento se apresentava como algo friamente racional, extremamente racional e calculado que faz um estudo através dos fatos em concreto.

Agora o direito começa a sofrer com as consequências desta mentalidade de uma filosofia sociologista, onde tudo vai depender de outros fatores, é também quando surgem os direitos das minorias, que embora esse direito possa

²⁰ BOBBIO, 1995, p. 131.

²¹ BOBBIO, Norberto, 1995, p. 131.

lesar a construção de um bem comum à sociedade, não importa que sejam adotadas medidas que beneficiem um grupo social específico, exemplo minorias, - se faz o direito de acordo com aquele grupo social concreto - ainda que isso leve a desconstrução de uma sociedade unida no seus valores.

3. CONSTITUCIONALISMO

Neste capítulo iremos falar sobre o processo de formação do constitucionalismo, buscando trazer definições, tendo em vista a complexidade do tema e mostrando a sua importância, e, como as constituições foram formadas ao longo dos séculos e das evoluções humanas históricas, nessa toada trazemos uma definição da doutrina de André Ramos Tavares²²:

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

GOMES CANOTILHO adverte que não há um único constitucionalismo, mas vários, como o constitucionalismo do modelo inglês, o de matiz norte-americana e o de referência francesa, por exemplo. Prefere, contudo, falar em diversos movimentos constitucionais — já aqui adotando a ideia de que o constitucionalismo é um movimento político, social e cultural — com “corações nacionais”, o que lhe permite construir uma noção comum mínima para o termo “constitucionalismo”.

Seguindo a linha de raciocínio abordaremos esse fenômeno do constitucionalismo de uma maneira mais aprofundada e marcando os principais pontos de cada um deles e também vamos aludir como é que vem se desenvolvendo e progredindo através dos séculos até o momento que estamos vivenciando que é conhecido hoje como Neoconstitucionalismo.

3.1 Constitucionalismo

Antes de começarmos a falar sobre o constitucionalismo precisamos entender o que é o constitucionalismo. Este foi um fenômeno que se deu em praticamente todos os países, pois sem esse fenômeno jurídico não seria possível a criação das constituições.

O movimento constitucionalista sempre – historicamente se iniciou com revoltas populares, geralmente ele marcava a saída de uma monarquia que é um tipo

²² TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva – 10. ed. rev. e atual. – 2012. p. 23

de governo mais fechado e na grande maioria das vezes um governo absoluto e sempre havia uma classe social que ficava prejudicada e portanto estes quase sempre iniciavam revoltas e revoluções.

Para Luis Roberto Barroso²³, o constitucionalismo é:

O termo *constitucionalismo* é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega, por volta do século V a.C. As instituições políticas ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois.

O constitucionalismo é um sistema política que é adotado por um país, que tem uma norma suprema que é a constituição e os fatos que acontecem na sociedade devem ser enquadrados dentro dessa constituição, ou seja, vamos ter uma situação fatiga fática real e vamos ver onde ela se encaixa na constituição para então, - e iremos - aplicar-lá como o legisladores previram.

Para Bulos²⁴, há dois sentidos para o termo constitucionalismo:

O termo constitucionalismo possui dois sentidos:

sentido amplo - é o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar; e
sentido estrito - é a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio.

O constitucionalismo como vimos, pode ser dividido em dois, e cabe ao direito regular a vida em sociedade e estabelecer as regras básicas de convivência. A Constituição visa limitar o poder do Estatal, para que dessa forma o Estado não viole nenhum direito, garantia ou prerrogativa individual das pessoas.

3.1.1. Primórdios do constitucionalismo

Inicialmente como acompanhamos no capítulo 1 deste trabalho, as sociedades sempre se preocuparam em estabelecer certas normas de convivência,

²³ Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2020 p.32

²⁴ Uadi Lammêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional. 2014 p.60

desde o Estado hebreu, quando tivemos os primeiros relatos da experiência constitucional, com as leis de Moisés ou os 10 mandamentos, passando pela Grécia antiga, Roma e Inglaterra.

A construção do pensamento humano que deriva decorre da filosofia, desde a filosofia neste ponto estamos falando brevemente da sociologia e iremos adentrar na principal matéria de conhecimento que estamos interessado desde o início do trabalho.

Com a preocupação de regular os comportamentos das sociedades para vivermos em harmonia sempre procuramos um meio de “controle” que neste momento em que a espécie humana vivenciava (Antiguidade – final do século XVIII), uma grande confusão, pois nesta época o homem acreditava em divindades, seres mitológicos entre outros.

Com no início das primeiras civilizações podemos destacar o Egito, a Babilônia, a Pérsia e o Estado Hebreu onde se verificaram os primeiro passos do constitucionalismo. No Egito foram encontrados os primeiros fragmentos mas, nada em concreto. Já na Babilônia foram constatadas uma grande quantidade de leis que são anteriores ao Código de Hamurábi datado em 1700 a.C. que este por sua vez, foi um marco histórico muito importante, onde o rei Khammu-rabi no século XVIII a.C. criou um conjunto normas com 282 cláusulas que posteriormente ficaram conhecido como Código de Hamurábi.

Este código tinha como princípio de “uma vida por uma por uma vida” “olho por olho, dente por dente” que deriva da “*lex talionis*” que as penas deveriam ser aplicadas com a mesma proporção do crime que fora cometido, as penas prevista nesse código eram principalmente formadas de punições corporais, na grande maioria das vezes resultavam em mutilação.

A Pérsia foi marcada pela construção de um grande e poderoso império no século VI a.C. que proporcionaram dois anos de estabilidade de poder que se deve a implementação de uma lei chama de *Lei dos Reis*, a principal precursora e o incentivo de leis religiosas e locais sob o governo de Ciro, o Grande que teve seu governo de 543 a 530 a.C. um de seus principais marcos foi a conquista da Babilônia e a libertação dos judeus para que os mesmos pudessem voltar as suas terras, entretanto o império persa - se desvanece ao do – foi conquistado por Alexandre, o Grande, da Macedônia em 334 a.C.

3.1.2. Estado Hebreu

O Estado hebreu foi o principal precursor do constitucionalismo, os povos eram ancestrais judeus e israelitas, mas a positivação da teocracia, pois a leis de moisés, tinha o objetivo de exortar (ensinar) o povo judeu, que estava pecando muito, então os dez mandamentos visavam auxiliar o povo a se manter no caminho rumo a terra prometida, pois, depois de tantos anos no deserto o povo começou a duvidar de onde as pessoas viviam acreditando que aconteceu foi porque alguma divindade pediu, vale destacar que o povo judeu é o primeiro povo monoteísta, mas ainda sim, seguiam a palavra de Deus, este período esta fortemente ligado a lei moral, como bem observa Loewenstein²⁵:

El régimen teocrático de los hebreos se caracterizó — y aquí se oculta un elemento decisivo de la historia de la organización política — porque el dominador, lejos de ostentar un poder absoluto y arbitrario, estaba limitado por la ley del Señor, que sometía igualmente a gobernantes y gobernados: aquí radicaba su constitución material. Los hebreos fueron los primeros, probablemente como un efecto lejano de la reforma faraónica de Akehnaton en Egipto, que insistieron en la limitación del poder secular a través de la ley moral; gran parte de la Sagrada Escritura está dedicada a exhortar al dominador de la justicia, así como a recordarle sus deberes morales frente a sus súbditos para que la ira de Jehová no caiga sobre toda la humanidad.

Este foi um marco para a sociedade da época além dessa importante contribuição de Karl Loewenstein, este período também foi marcado por várias outras características, conforme Marcelo Novelino²⁶

Entre as características do constitucionalismo praticado pelos povos primitivos podem ser destacadas: I) existência de leis não escritas ao lado dos costumes (opinio juris et necessitatis), principal fonte dos direitos; II) forte influência da religião, com a crença de que os líderes eram representantes dos deuses na terra; III) predomínio dos meios de constrangimento para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade (ordálias) e manter a coesão do grupo; e IV) tendência de julgar os litígios de acordo com

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Segunda Edición, Barcelona, Caracas, México, Ariel, 1979. p.154. “O regime teocrático dos hebreus se caracterizou - e aqui se esconde um elemento decisivo na história da organização política - porque o dominador, longe de deter o poder absoluto e arbitrário, era limitado pela lei do Senhor, que também sujeitava governantes e governava : aqui está sua constituição material. Os hebreus foram os primeiros, provavelmente como um efeito distante da reforma faraônica de Akehnaton no Egito, a insistir na limitação do poder secular por meio da lei moral; Grande parte da Sagrada Escritura é dedicada a exortar o dominador da justiça, bem como a lembrá-lo de seus deveres morais perante seus súditos, para que a ira de Jeová não caia sobre toda a humanidade.”

²⁶ Livro Curso de direito constitucional / Marcelo Novelino. — 11. ed. rev., ampl. e atual. —Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.44

as soluções dadas a conflitos semelhantes à semelhança do que ocorre atualmente com os precedentes judiciais.

Conforme bem explanado nas citações acima mostra a evolução que fora conquistada que passamos agora a ter leis que são produzida com base nas escrituras sagradas, se preocupando com a lei moral e deixando de lado um pouco a questão da teocracia, pois a leis deixam de ser de costumes, e para tanto se começam a ser escritas com o passar do tempo foram aumentando gradativamente.

3.1.3. Grécia

Os gregos se destacaram pois, o poder aqui estava mais bem distribuídos entre os cidadãos do que nas outras regiões, como podemos observar em um trecho do livro de Teoría de la Constitución de Karl Loewenstein²⁷:

Todas las instituciones políticas de los griegos reflejan su profunda aversión a todo tipo de poder concentrado y arbitrario, y su devoción casi fanática por los principios del Estado de derecho de un orden (*eunomía*) regulado democrática y constitucionalmente, así como por la igualdad y la justicia igualitaria (*isonomía*). Las diferentes funciones estatales fueron ampliamente distribuidas entre diversos detentadores de cargos, órganos o magistrados; el poder de los últimos fue restringido por ingeniosas instituciones de control. Entre ellas merecen ser citadas como las más sobresalientes: los detentadores de los cargos estaban nombrados por sorteo; estaban prescritos períodos cortos y rotaciones en los cargos; los detentadores de los cargos no podían ser reelegidos; todos los ciudadanos activos tenían acceso a los cargos públicos, dado que no se exigía ninguna cualificación especial. a excepción de ciertos puestos encargados de tareas técnicas. Junto a estas instituciones, producto de la más consecuente democracia, se constituyeron las figuras jurídicas de la proscripción y del destierro, dirigidas contra aquellas personalidades de la vida pública cuya popularidad podía poner en peligro la estructura democrática del Estado. El poder político estaba así distribuido de forma racional y, por lo tanto, eficazmente controlado.

²⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Segunda Edición, Barcelona, Caracas, México, Ariel, 1979. p.155 e 156. “Todas as instituições políticas dos gregos refletem sua profunda aversão a todos os tipos de poder concentrado e arbitrário, e sua devoção quase fanática aos princípios do Estado de Direito de uma ordem democrática e constitucionalmente regulada (*eunomia*), bem como à igualdade e justiça igualitária (*isonomia*). As diferentes funções do Estado foram amplamente distribuídas entre vários titulares de cargos, órgãos ou magistrados; o poder deste último foi restringido por engenhosas instituições de controle. Dentre eles, merecem ser citados como os mais destacados: os titulares dos cargos foram nomeados por sorteio; prazos curtos e rodízios de cargos foram prescritos; os titulares dos cargos não poderiam ser reeleitos; todos os cidadãos ativos tiveram acesso a cargos públicos, uma vez que nenhuma qualificação especial foi exigida. Com exceção de alguns cargos encarregados de tarefas técnicas. Junto com essas instituições, produto da mais consistente democracia, foram estabelecidas as figuras jurídicas do banimento e do exílio, dirigidas contra aquelas personalidades da vida pública cuja popularidade poderia colocar em risco a estrutura democrática do Estado. O poder político foi, portanto, racionalmente distribuído e, portanto, efetivamente controlado.”

E conseqüentemente as características principais deste período também mudam, como podemos observar em um trecho do livro de Marcelo Novelino:²⁸

São apontadas como principais características do constitucionalismo nesse período: I) a inexistência de constituições escritas; II) a prevalência da supremacia do Parlamento; III) a possibilidade de modificação das proclamações constitucionais por atos legislativos ordinários; e IV) a irresponsabilidade governamental dos detentores do poder.

Trazendo um epílogo fica evidente a evolução que ocorreu neste período das Cidades - Estados gregas com a democracia direta que fora desenvolvida, estamos falando é por volta do século V este é um dos poucos que se dirá se não for o único exemplo em que os governantes e governados, e o poder político estão igualmente distribuídos em todos os cidadãos.

3.1.4 Roma

O Império romano foi um importante palco para o amadurecimento dos ideais constitucionais, principalmente porque Roma instituiu um novo sistema de freio e contra pesos que conhecemos e utilizamos até os dias de hoje, ainda que nesta época não existissem muitos documentos escritos, muitas coisas ainda eram ditadas pelos livros sagrados e pelos costumes, para tanto podemos novamente citar um breve trecho do livro de Karl Loewenstein²⁹.

La organización estatal republicana fue un sistema político con complicados dispositivos de frenos y contrapesos para dividir y limitar el poder político de los magistrados establecidos. Consistió en un amplio repertorio de limitaciones mutuas: los controles intraórganos tales como la estructura

²⁸ NOVELINO, op. cit, p. 51:

²⁹ “La organización estatal republicana fue un sistema político con complicados dispositivos de frenos y contrapesos para dividir y limitar el poder político de los magistrados establecidos. Consistió en un amplio repertorio de limitaciones mutuas: los controles intraórganos tales como la estructura colegial de las magistraturas altas y superiores; duración anual de los cargos y prohibición de reelección inmediata. Y los controles interórganos que acoplan eficazmente a los diferentes detentadores del poder, como, por ejemplo, la intervención de los tribunos de la plebe ante la conducta ilegal del otro tribuno y hasta de los más altos magistrados; la participación del Senado — que, por otra parte, se convirtió posteriormente en un auténtico centro del poder — en el nombramiento de los funcionarios y la solución, completamente moderna, del gobierno de crisis en la institucionalización de la dictadura constitucional que estaba prevista fundamentalmente sólo para determinados fines e invariablemente para períodos limitados.”²⁹

colegial de las magistraturas altas y superiores; duración anual de los cargos y prohibición de reelección inmediata. Y los controles interórganos que acoplan eficazmente a los diferentes detentadores del poder, como, por ejemplo, la intervención de los tribunos de la plebe ante la conducta ilegal del otro tribuno y hasta de los más altos magistrados; la participación del Senado — que, por otra parte, se convirtió posteriormente en un auténtico centro del poder — en el nombramiento de los funcionarios y la solución, completamente moderna, del gobierno de crisis en la institucionalización de la dictadura constitucional que estaba prevista fundamentalmente sólo para determinados fines e invariablemente para períodos limitados.

Para tanto Roma foi um cenário de grande importância dentro do contexto histórico evolutivo do constitucionalismo e como foi importante o sistema de freios e contrapesos utilizado pela primeira vez em Roma, apesar que neste momento existissem poucos ou quase nenhum documento escrito formalmente.

3.1.5. Magna Carta

Como ponto de partida temos a Inglaterra através do Rei João sem Terra, um monarca desprezível que reinou por 16 anos na Inglaterra, foi um rei muito abusivo, e que exercia poder absoluto. Conhecido também por perder guerra com a França, cobrar impostos altos e punitivos, e, dormir com as esposas dos barões, “confiscava” terras em nome da coroa, mas tudo era para aumentar seu poder.

Os desmandos do rei, fez com que os barões se rebelassem contra ele, gerando uma guerra que durou cerca de 3 anos e dizimou ambos exércitos, com o tempo os cavaleiros templários foram arrastados para o conflito o Rei João e seu exercito real acabaram vencidos, por fim ficou acordado que o Rei João continuaria no poder sob uma condição, ele deveria assinar um documento preservando os privilégios dos homens livres, mas, que essencialmente limitaria os poderes da monarquia.

Este documento foi assinado em 15 de junho do ano de 1215, e foi responsável por mudar os rumos da história da monarquia, e ficou conhecido como Carta Magna ou “Magna Charta Libertatum”, este documento ajudou a tirar a monarquia absolutista do poder e separar a igreja das ações do Estado, um documento que veio para proporcionar paz acabou gerando guerra.

Tal texto fora escrito de forma corrida sem divisões de parágrafos ou qualquer outra, mas neste texto estava escrito sessenta e três normas que limitariam o poder da monarquia, mas, que ajudavam a fundamentar outros direitos e garantias.

A norma fundamental “*que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” que podemos encontrar na Constituição Federal artigo 5º inciso II, está já estava incorporada na Magna Carta nas cláusulas 16 e 23.

Mas umas das mais importante quiçá a mais importante era a cláusula 39 da Magna Carta, onde ela desvinculava o monarca da lei e da jurisdição desta forma os homens livres deveriam ser julgados pelas leis das terras, com isso surge a essência do devido processo legal.

Onde Fábio Comparato³⁰ na obra A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos:

Eis aí, já em sua essência, o princípio do devido processo jurídico (*due process of law*), expresso na 14ª Emenda à Constituição norte-americana e dotado na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º LIV; “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). O princípio é reafirmado para determinadas situações particulares, nas cláusulas 52 e 55.

Como podemos mostrar a Carta Magna teve grande contribuição para a construção do nosso ordenamento jurídico, como foi mostrando em poucas palavras os princípios e normas mais importantes da Carta Magna.

3.2 Constitucionalismo Inglês

Este foi um marco histórico, pois foi a partir do constitucionalismo inglês que se deu início as principais constituições da humanidade e também foi onde surgiu o constitucionalismo moderno, alguns autores demarcaram esse período como sendo um período misto, onde tivemos a atuação de uma unificação das três formas clássicas de governo que é a aristocracia, a monarquia e a democracia.

Essa época traz consigo alguns aspectos tais como a declaração de direitos das pessoas e a limitação do poder do Estado, estes sem sobra de dúvidas

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”. São Paulo: Editora Saraiva, 2018 ed. XII, p.95.

foram um grande marco histórico desse momento, à partir deste momento teve início a elaboração de leis mais formais e escritas, visto que naquela época grande parte das leis adivinham dos costumes e quase não existia normas escritas.

3.2.1 Lei do Habeas-Corpus (1679)

Este documento foi a base para a sociedade moderna, depois da positivação da Magna Carta este foi um dos primeiros documentos que começou a ganhar cada vez mais força, sendo importantíssimo para a evolução do direito na época, a lei também foi uma das principais precursoras dos ideais de liberdade individual frente ao poder estatal.

A lei do Hábeas-Corpus é bem antiga, até mais antiga que a própria Carta Magna antes ela funcionava como um mandado judicial em casos de prisões que fossem de caráter arbitrário, entretanto a mesma não tinha tanta eficácia tendo em vista, a falta de normas escritas e adequadas, fato este que não a dava a eficácia necessária a sua aplicação. - potência para que a mesma fosse aplicada. -

Uma característica notável da lei é que ela fortalece a ordem judicial para a concessão do *habeas corpus*, e ainda implica a imposição de multas compensatórias aos presos, pagas pelo titular, e perde a sua posição de funcionário público desobediente nas seguintes circunstâncias. Nas palavras de João Gualberto Garcez Ramos³¹:

A sujeição da autoridade ou particular que custodia alguém à ordem do juiz ou da corte era tão da essência do writ of habeas corpus ad subjiciendum que o próprio Habeas Corpus Act previa que a eventual desobediência traria como consequência multa reparatória (isto é, em favor do preso) e, no caso do detentor ser funcionário público, a imediata perda de seu cargo.

O habeas corpus britânico determina que a autoridade de execução deve submeter um detido a um juiz para provar a legalidade da prisão. Isso não é aceito por países com tradições e tradições anglo-saxônicas diferentes, portanto, não são tão importante. Nas breves parolas de Fábio Comparato³².

³¹ RAMOS, J. G. G. Habeas corpus: histórico e perfil no ordenamento jurídico brasileiro. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 31, 1999.

³² Afirmação histórica dos direitos humanos / Fábio Konder Comparato — 7. ed. rev. e atual.— São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101

A importância histórica do habeas-corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o juízo de amparo e o mandado de segurança copiaram do habeas-corpus a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública, acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas.

A importância desta lei é que o seu conteúdo é parte integrante da Declaração de Direitos de 1688 (*Bill of Rights de 1688*), que marcou o fim da Revolução Gloriosa e a instituição do Governo Parlamentar Britânico, marcou claramente o início do chamado constitucionalismo e também fez a submissão do rei a soberania sobre o povo marcando assim o fim das divindades sobre a realeza.

3.2.2. Bill of Rights (1689)

Este foi um importante documento para a história, pois desde de a Magna Carta de 1215 onde previam muito direitos e principalmente direitos de liberdade, nem sempre ela era respeitada, pois - ela foi cumprida por um curto período, em razão de - muitas pessoas não acreditavam que era um documento válido.

Somente com o surgimento do Bill of Rights, os direitos dos homens e mulheres começaram a ser cumpridos e exercidos de fato. Pois, até então outros documentos que foram feitos na Inglaterra não tinham tanta eficácia, dentre eles destaque a Magna Carta de 1215, a Petition of Rights de 1628 e a Lei do Hábeas-Corpus de 1679, todos tiveram grande impacto quando surgiram mas, com o passar do tempo os próprios homens desacreditaram deles e assim passaram a descumprir os direitos - impostos - conquistados.

O Bill of Rights de 1689 tinha em grande parte das suas normas um bom compilado da Lei do Hábeas-corpus de 1679, foi nesta época as pessoas ainda eram presas indevidamente e não tinham um devido processo legal, que é um dos direitos que até os dias de hoje o *habeas corpus* protege.

Uma das principais característica e a mais marcante do Bill of Rights de 1689 é que o mesmo previa o estabelecimento do parlamento, onde este criaria leis para regular a quantidade de tributos e a manutenção do exército em tempos de paz, além do mais, o parlamento tinha o poder de determinar que as pessoas não sofreriam

penas sem o prévio e devido julgamento e também assegurava imunidade aos parlamentares devido ao uso de suas atividades.

O rei era o Jaime I, e ele agia sempre com o intuito de cometer violências, entretanto o rei fugiu para a França, posteriormente uma reunião do parlamento decidiu que o rei abdicou e, portanto, não existiria um governo constituído, um trecho de Dalmo de Abreu Dallari³³:

Foi então aprovada pela Câmara dos Comuns uma lei, o Bill of Rights de 13 de fevereiro de 1689, que, nos seus pontos fundamentais, afirma a superioridade do Parlamento, contendo as seguintes determinações: a suspensão das leis ou de sua execução pela autoridade real sem o consentimento do Parlamento é ilegal; a arrecadação de dinheiro para a Coroa ou para seus usos, sem autorização parlamentar, é ilegal; é direito das pessoas peticionar ao rei, e todas as detenções e processos baseados nesse fato são ilegais; o fato de mobilizar ou manter um exército permanente no reino em tempo de paz, a menos que isso seja feito com o consentimento do Parlamento, é contrário ao direito; os protestantes devem ter o direito de portar armas para sua defesa, desde que adaptadas à sua condição e dentro dos limites que a lei permite; a liberdade de palavra e os debates no Parlamento não devem ser entravados ou questionados em qualquer tribunal judiciário, nem em qualquer outro lugar fora do Parlamento; a eleição dos membros do Parlamento deve ser livre; uma caução excessiva não deve ser exigida, nem multas excessivas impostas, nem punições cruéis e inusitadas infligidas; os membros dos júris devem ser devidamente escolhidos e reconduzidos, e os que julgam acusados de crime de alta traição devem ser proprietários de imóveis.

Como fica claro, neste momento já não estamos tratando mais de um monarquia, mas, sim, de uma mescla entre o parlamentarismo e a monarquia, o que fica evidente nas palavras de Fábio Comparato³⁴:

Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante ao Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao árbitro deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito e petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (*cruel and inusual punishments*).

Portanto foi muito importante este documento, quem assume o trono é o Príncipe Guilherme de Orange genro do rei Jaime II e a sua esposa a Maria filha do

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI / Dalmo de Abreu Dallari. — São Paulo: Saraiva, 2010. p.190 e 191

³⁴ Comparato, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos / Fábio Konder Comparato. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

rei, obs: a primeira duarquia, no final da lei ela estabelece que o parlamento deve se reunir constantemente para que possa dar assistência a todas as queixas e para que possam ser aprovada as leis e emendas.

Essa lista de direitos é o Bill of Rights se consolida com a ratificação do novo rei e ele o mesmo deve comparecer regularmente as reuniões com o parlamento para que preste esclarecimentos e possa ouvir sugestões sobre os negócios do reino, neste novo modelo os atos praticados pelo rei devem ser verificados pelo parlamento para que tenha a aprovação, diferentemente de como era na monarquia absolutista, alguns constitucionalistas dizem que esta foi a primeira Constituição escrita da Inglaterra.

3.3 Constitucionalismo Clássico

O período que compreende a antiguidade clássica e o final do século XVIII, também foi palco da Revolução Industrial que esse por si só foi um fator de grande mudanças políticas, econômicas e sociais demarcando também pelo Iluminismo, um dos principais expoentes desse período foi Immanuel Kant vejamos uma definição:

O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. Sapere aude! Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! - esse é o lema do Iluminismo." Por Immanuel Kant.

O Iluminismo se espalhou por todo o mundo, esse período ficou caracterizado por não aceitar a herança medieval que esse foi denominado de "Idade das Trevas", por isso, o nome iluminismo, pois trouxe luz às trevas. No período medieval, o desenvolvimento das ciências, artes, cultura era proibido. - em virtude de que nada de bom acontecerá dentro desse período -. Portanto os iluministas queriam trazer a razão de volta a humanidade, se utilizando da razão e da ciência, nessa época igreja católica e as monarquias absolutistas exerciam uma grande influencia sob e sociedade.

O Constitucionalismo clássico foi marcado por duas constituições que marcaram o esse período sendo elas a constituição dos Estados Unidos da América e a Constituição Francesa.

Ambas tem seu ponto de destaque, a Constituição dos Estados Unidos da América, foi a primeira constituição do mundo em 1786, que garante os direitos de liberdade do homem e a Constituição Francesa a primeira constituição a reconhecer os direitos trabalhistas, um dos pontos que impulsionaram essas constituições foram os ideais iluministas que contribuíram para a formação desses direitos e para que eles fossem consagrados nos textos constitucionais.

3.3.1 Constituição dos Estados Unidos da América (1786)

A Constituição dos Estados Unidos da América teve várias nuances, entretanto é a mesma Constituição até os dias de hoje e também é a menor Constituição tendo 7 artigos e 27 emendas, diferentemente do Brasil, que possui uma Constituição extensa e diversos diplomas infraconstitucionais. Vale ressaltar que o que é hoje conhecido como Estados Unidos, era denominado como “As 13 colônias”.

Essas 13 colônias eram formada pelos estados da Carolina do Norte, Carolina do Sul, Connecticut, Delaware, Geórgia, Rhode Island, Massachusetts, Maryland, New Hampshire, Nova York, Nova Jersey, Pensilvânia e Virgínia, oficialmente as colônias inglesa se formaram em 1607, com o nascimento da cidade de Jamestown, na Virgínia.

A cidade de Jamestown foi fundada no Século XVII, na mesma época a Grã-Bretanha estava passando por várias disputas e revoluções. Grupos protestantes, presbiterianos e calvinistas discordando dos ideais da Revolução Puritana procuraram um lugar para escapar das perseguições, foi quando encontraram a América do Norte, atual Estados Unidos.

Um dado importante é que este local na realidade pertencia a Coroa Espanhola de acordo com o Tratado de Tordesilhas, entretanto os espanhóis estavam preocupados em ocupar as áreas onde conhecemos hoje como México e Peru, e portanto acabaram não ocupando por completo a América do Norte.

Neste ponto as 13 colônias foram dividida em 3 categorias sendo elas a Nova Inglaterra (Nordeste) composta pelas colônias de Delaware, Massachusetts, Maine, Rhode Island e Connecticut, as colônias do Centro formadas por Nova Jersey,

Nova York e Pensilvânia, as colônias do Sul ficou formada pelas colônias de Virgínia, Geórgia, Maryland, Carolina do Norte e Carolina do Sul.

Cada uma das regiões tinham um tipo específico de produção, a Nova Inglaterra por ser uma região bem árida se dedicava a pescas de baleias, o principal porto se localizava na cidade de Boston com entradas e saídas de mercadorias. As colônias do Centro se dedicaram a agricultura por ter um clima mais propício, aqui também se instalaram várias siderúrgicas e fábricas têxteis, nesta região existia uma grande quantidade de mão de obra escrava que eram compostas por pessoas africanas. As colônias do Sul se dedicavam ao cultivo de monoculturas tais como tabaco, arroz e algodão, mão de obra de negros que foram escravizados era abundante e sua principal atividade era a exportação destes insumos.

Os fatos que ensejaram a independência das 13 Colônias foram sua autonomia, tendo em vista que a Coroa Inglesa apenas cobravam impostos, as colônias inglesas foram livres e autônomas para decidir quanto a política e administração o que ela diferente totalmente das colônias portuguesas e espanholas. O fato das colônias serem autônomas gerou na população o pensamento de que eles não precisavam mais da Inglaterra para conseguir se desenvolver, o que posteriormente a levou a independência. Sem falar que os “Red Coats” a guarda real inglesa era extremamente violenta com a população americana.

O ponto inicial para que as 13 colônias pedissem a independência foi o aumento dos impostos que a Grã-Bretanha implementou após a Guerra dos Sete Anos, pois o país não tinha mais recursos e aumentou os impostos dos colonos, o que criou uma insegurança tendo em vista que os colonos poderiam entrar em guerra com os indígenas a qualquer momento e eles poderiam não ter auxílio da Inglaterra.

A Inglaterra enviou 10 mil soldados do exército para a América do Norte, pois os soldados estavam deslocados, sem contar que a Inglaterra ainda criou novas tributações como a Lei do Açúcar *Sugar Act* e a Lei do Selo *Stamp Act*, entre guerras, massacres e tributações injustas com os colonos, o anseio por liberdade surgiu. Estes fatos, combinados ao alastramento das ideias iluministas e a mensagem que passava de liberdade de política na Europa, fizeram os colonos compreenderem que não precisavam mais da Inglaterra e que eles poderiam ser independentes.

Nessa vertente, podemos observar vários acontecimentos históricos que alavancaram o processo de independência das 13 colônias, no trecho a seguir vamos explorar um pouco mais nas palavras de Fábio Comparato³⁵.

Revoltas foram se sucedendo em várias cidades e acabaram por provocar a reunião das colônias em Congressos Continentais, o primeiro dos quais realizado em Filadélfia, em 1774. As instruções da delegação de Virgínia, publicadas sob o título *A Summary View of the Rights of British America*, foram redigidas por Thomas Jefferson. Lá já se encontram algumas ideias que ele desenvolveria, dois anos mais tarde, no projeto da Declaração de Independência, como o direito de autodeterminação dos povos livres, fundado na igualdade entre todos os homens, a existência de direitos naturais do ser humano (“direitos que derivam das leis da natureza e não são doações do primeiro magistrado”) e o princípio da dignidade do povo (“os reis são servidores, não proprietários do povo).

Por conseguinte podemos presenciar que estava um clima bem tenso e também vemos os primeiros traços da independência das 13 colônias, este seria o primeiro documento a consagrar os princípios democráticos na política moderna.

Essa reunião que o autor fala é a reunião do congresso de Filadélfia, neste momento as 13 colônias estão prestes a se tornar independentes, mas eles precisam de leis porque até então eles viviam com as leis da Inglaterra, esse congresso tem o intuito principal de criar as leis que iram reger o país.

Neste momento de criação de leis surgiram dois partidos políticos sendo eles os republicanos e os federalistas. Os Federalistas tiveram como principais precursores Alexander Hamilton e John Adams, o primeiro presidente americano foi o George Washington a principal ideia era a centralização política, ou seja, um Estado Federal forte, já na economia defendiam os grandes empresários, ou seja mais industrias e menos agrícolas. Já os Republicanos (Anti-federalistas) eles pensavam ao contrário, seus principais líderes foram Thomas Jefferson e James Madison, ele defendiam a autonomia dos Estado, apoio aos pequenos produtores e a defesa da democracia.

Falando sobre o processo da constituição do Estados Unidos ela foi promulgada (aceita pela maioria) em 1787 e ratificada em 1791 (aceita por todos), quando ela foi promulgada a maioria aceitou ficando somente as colônias da Carolina do Norte e a colônia de Delaware que posteriormente aceitaram, ela segue os

³⁵ Comparato, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

princípios iluministas sendo eles o princípio da liberdade e o da justiça, a constituição dos Estados Unidos é composta por 7 artigos e 27 emendas, sendo a menor constituição do mundo e em vigor até os dias de hoje, tendo um sistema de República Federalista Presidencialista, na qual os Estados tem autonomia de vontade respeitando as eleições presidenciais a cada 4 anos, os Estados tem essa autonomia para decidir as normas, mas as liberdades individuais dos cidadão devem ser respeitadas, entretanto a lei maioridade e de penas de mortes é competência de cada Estado, ou seja, existe uma autonomia Estadual, ela segue a tripartição de poderes sendo eles divididos em Executivo, Legislativo e Judiciário que fora proposto pelo Barão de Montesquieu, a unificação do sistema monetário adotando o Dólar como sua moeda, tem a criação de um sistema bicameral de representação, dividido em senadores e deputados e a criação da Suprema Corte composta de 9 membros.

As principais emendas constitucionais americanas foram a primeira emenda I, em 1791 quando acrescentaram o *Bill of Rights* trazendo do sistema inglês para o sistema americano, e a segunda emenda II, que data o mesmo ano e fala sobre “Direito a posse e porte de arma”, a Décima Terceira Emenda XIII (1865), uma das mais importantes e emblemáticas que trouxe a “Abolição da escravidão”, a Décima Quinta Emenda XV (1865) “Proibição de discriminação de raça”, a Décima Sétima Emenda XVII (1920) “Lei seca”, a única emenda que foi revogada em 1933 em toda a história, a Décima Nona Emenda XIX (1920) “Direito ao voto feminino” e a Lei dos direitos de voto em (1965) “Fim das práticas eleitorais discriminatórias”.

O constitucionalismo americano foi muito importante, pois a partir dele vários outros países começaram a copiar a constituição estadunidense e alterar suas normas de acordo as necessidade de cada país.

3.3.2 Constituição Francesa (1791)

A Revolução Francesa que durou dez anos com início em 1789 e terminou em 1799, dentro desses dez anos houve várias revoluções, está sociedade tinha muitas desigualdades.

Inicialmente estava dividida em três classes de pessoas das quais eram denominada de estados sendo o primeiro o Estado estava o Clero e o segundo Estado estava a nobreza, aqui estava a privilegiada aristocracia francesa, seguindo o terceiro Estado que era composto por trabalhadores e burguesia, todas as pessoas que não se

enquadravam na outras categorias estavam aqui, geralmente era composta por trabalhadores urbano, rurais, camponeses e burgueses, essas pessoas representavam a maior parte da população se estima cerca de 97% da população e essas pessoas passavam por muitas necessidades em razão da alta tributação, muitas pessoas passavam fome e viviam em condições precárias.

Em contradição com o primeiro e o segundo Estado, pois estes viviam uma vida farta e muito luxuosa, este modelo causou uma grande crise orçamentaria no país, ou seja, a França vivia várias crises ao mesmo tempo, sendo ela política, orçamentária e social, o que levou com que a população comesçassem a se rebelar.

A solução imposta pelo rei Luíz XVI foi a criação de uma série de assembleias, sendo a primeira delas denominada “assembleia dos notáveis (1787)”, houve uma junção do primeiro e segundo Estado para resolver a crise, porém a solução que os “ricos” acharam para resolver a cruse foi o aumento dos impostos para o terceiro Estado, como é de se imaginar não deu certo pois, isso só fez com que a população se revoltasse ainda mais contra a Coroa.

Vendo que não houve solução foi criada uma outra assembleia essa denominada de “assembleia dos Estados gerais (1789)”, este por sua vez era composto por todos os Estados, ou seja, aqui estavam presente as pessoas do primeiro, segundo e do terceiro Estado, entretanto os votos eram de um para um e o terceiro Estado compunha a grande maioria da população, entretanto possuíam apenas um voto. Ainda assim, o terceiro Estado fez duas reivindicações ao rei sendo a primeira o aumento dos números de deputados e a segunda reivindicação era que a votação fossem por cabeça e não por Estado.

Porém, o Rei com medo de ficar em uma saia justa com a aristocracia não tomou nenhuma decisão, o que levou os deputados do terceiro Estado a criar uma nova assembleia denominada de “assembleia constituinte de (1789)”, que sujeitava a monarquia francesa a uma constituição.

Neste momento, outra rebelião ganhou força e culminou na queda da Bastilha que ocorreu no dia 14 de julho de 1789, quando a população toma as ruas de Paris, a Bastilha era uma cadeia onde se concentrava os presos político e por conseguinte se tornou uma grande marca do regime absolutista francês.

A Constituição Francesa e é um dos principais documentos principais que embasaram a Declaração dos Direitos dos Homem e do Cidadão que foi adicionada no preâmbulo Constituição Francesa.

Em 3 de setembro de 1791, (Com o surgimento Declaração dos Direitos dos Homem e do Cidadão fez com que os países da Europa “açodassem” e criaram suas constituições se utilizando com base nesse documento) na França a principal mudança que acrescentou foi a abolição dos direitos feudais e promoveu a divisão de poderes do governo, com a Constituição em vigor houve a chamada Constituição Civil do Clero que este por sua vez fez um confisco dos bens do clero e ainda os tornou funcionários públicos. Para Fabio Comparato³⁶:

Cuidou-se, sobretudo, de reforçar o caráter antiaristocrático e antifeudal do novo regime político, bem como de nacionalizar os bens pertencentes a eclesiásticos ou a congregações religiosas, declarados doravante “bens nacionais”. Após determinar que tais bens ficariam, permanentemente, à disposição da Nação, a Constituição acrescentou, contraditoriamente, que seriam garantidas “as alienações já feitas ou que serão feitas, segundo as formas prescritas pela lei”. E efetivamente, para financiar as operações de guerra nas quais se envolveu o governo revolucionário, os bens eclesiásticos e também os dos nobres que emigraram foram vendidos a comerciantes, capitalistas ou proprietários rurais plebeus, reforçando sobremaneira o poder econômico e político destas classes na sociedade francesa.

Em 21 de setembro 1792, os deputados decidiram por unanimidade extinguir de vez a monarquia e instituir o governo republicano tanto que deixaram claro que “não pode existir Constituição que não seja aceita pelo povo”. No mesmo ano houve uma tentativa franco-prussiana de devolver os poderes a monarquia francesa e falhou, pois os revolucionários com sua Guarda Nacional derrotaram os invasores.

Posteriormente o Rei Luís XVI foi julgado e considerado traidor da França e como punição foi decapitado na guilhotina, e logo em seguida começou a república jacobina de 1793 a 1794, grupo da burguesia que eram mais próximos do povo e este período foi marcado por algumas conquistas populares sendo elas: o fim da escravidão na colônias, o fim dos direitos feudais na terra e inclusive o início de uma distribuição de terras na França, o fim do voto censitário.

Entretanto, devido a preocupações com uma contra-revolução, os jacobinos adotaram medidas radicais, o que foi denominado com o período do terror que durou de 1792 a 1795 que levou milhares de perseguidos políticos à guilhotina, inclusive o Robespierre que era o líder em ascensão dos jacobinos.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

Com a queda dos jacobinos quem que assumiu o poder foram os girondinos, ou seja, a alta burguesia os burgueses tiveram que enfrentar muitos levantes populares e uma grave crise econômica.

O fim da revolução só chegou em 1799, quando um general Napoleão Bonaparte mudou todo o futuro dos franceses, ele deu um golpe chamado de 18 de brumário e assumiu a França, que mesmo com a implementação de um controverso império trouxe a tão sonhada estabilidade política e o desenvolvimento econômico em que o país tanto precisava.

Através da Revolução Francesa que foi importantíssima, houve o fim do regime absolutista, sistema que era baseado no modelo aristocrata, a Revolução Francesa marca o início da era contemporânea, este modelo de sociedade afetou não só a França mas o ocidente como um todo.

3.4 Constitucionalismo Moderno

Os ideais iluministas ainda exerciam forte influência nesse período principalmente por conta da criação das normas jurídicas supremas que tem a finalidade de limitar o poder Estatal e garantir a separação dos poderes estatais, constituições escritas e rígidas que são mais difíceis de fazer alterações dos dispositivos presentes na constituição, tudo com o intuito de preservar a lei fundamental.

Ocasão em que surge a Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais, que por sua vez traziam um caráter negativo por conta de fazer limitações ao ao poder do Estado e como consequencia disso dava mais liberdade aos indivíduos. Podemos citar alguns exemplos de direitos de Primeira Dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à participação política e religiosa, à liberdade de expressão, à inviolabilidade, dentre muitos outros direitos que foram trazidos para beneficiar o individuo e restringir a atuação do Estado.

No início do século XX, surgem os direitos de Segunda Dimensão, que visam garantir o direito de todas as pessoas que compõe a sociedade e para tanto ao contrário dos direitos de Primeira Dimensão em que o Estado praticamente não podia atuar, o Estado ganha uma função de garantir os direitos sociais, econômicos e culturais, mas sempre com o intuito de garantir um ideal de vida digno a toda sociedade.

O que nos leva as duas principais constituições precursoras desse período que é a Constituição do México e a Constituição Alemã, ambas consagram em seus textos constitucionais os direitos culturais econômicos e sociais marcados pelo ideal de igualdade material.

3.4.1 Constituição Mexicana (1917)

A Constituição do México foi promulgada em 5 de fevereiro de 1917 denominada de “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos” ela se deu devido a Revolução Mexicana que discutia e pleiteava vários direitos.

Primeiramente precisamos fazer uma visita ao passado colonial mexicano que ocorreu entre os séculos XVI a XIX, antiga região colonial da Nova Espanha este era um vice reino da Espanha, ou seja, era uma grande parte do império colonial espanhol algumas características eram marcadas pela a igreja católica que era detentora de uma grande força política, econômica e também ela era responsável pela coesão social, desta forma ela é uma grande possuidora de terras e também uma grande força política, e ainda os espanhóis no seu colonialismo concederam as populações indígenas certas quantidades de terras coletivas.

No início do século XIX o México se torna um Estado independente de uma forma bem ativa, processo de independência do México se iniciou com camponeses e padres, mas infelizmente essa tentativa de independência é derrotada, e é vitorioso o processo conservador de independência.

Mas entretanto no século XIX duas elites políticas disputam o poder entre si, sendo eles os liberais e os conservadores, neste momento os conservadores queriam manter certos monopólios e prerrogativas da igreja, bem como garantir o direito às terras indígenas, os liberais queriam uma rápida modernização, como o direito à propriedade privada, o fim das terras comunitárias (indígenas) e ainda a laicização do Estado, ou seja, a separação do estado e da igreja.

Os dois grupos políticos brigaram durante um longo período, se aproveitando dos conflitos internos, os Estados Unidos da América invadiram e tomaram de grande parte do território mexicano, os territórios correspondentes ao Texas a Califórnia, importantes regiões do Norte do México são tomadas pelo Estados Unidos da América, o que corresponde a aproximadamente um terço de toda a região do México, o que faz com que o Estado do México fique enfraquecido.

E no meio dessa disputa de poder temos um ditadura de Porfirio Díaz (1876 à 1911), essa ditadura com objetivo de modernizar e transformar a economia mexicana de subsistência em uma economia agroexportadora, Porfirio Díaz incentivou os grandes proprietários de terras e portanto formando grandes latifúndios agroexportadores, o modelo era basicamente o da plantation, como mostra Fábio Comparato³⁷.

O pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo Regeneración, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado.

Como consequência direta dessa situação com o novo modelo do agronegócio o México ganha mais dinheiro e fica mais rico, entretanto, a população (camponeses e indígenas) não são beneficiados por esse aumento de riquezas, -o que nos leva a um grande empobrecimento da população mexicana- e nas cidades esses movimentos acabou gerando algumas pequenas indústrias e os operários das indústrias também tem péssimas condições de vida, essa ditadura ela é muito próxima dos interesses dos Norte Americanos.

Com o intuito de acabar com a ditadura que não trazia benefícios a todos setores liberais, a classe média política -se impõem- lidera uma grande Revolta em 1910, tendo como líder Francisco Madero, que tem por objetivo o fim da ditadura, e a constitucionalização do México e também quer que o México retorne ao antigo Estado democrático de direitos, um Estado liberal de Direito.

Para conseguir isso Madero acaba mobilizando outros setores populares que não estava contentes com a atual situação do México, estes setores vão se organizar ao Norte do país, com Francisco “Pancho Villa” e ao Sul com Emiliano Zapata os dois principais líderes revolucionários camponeses, e, as classes políticas

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

de oposição a ditadura de Porfírio Díaz se juntam ao Norte e ao Sul, portanto a classe social se junta com os camponeses.

Francisco Madero lidera o processo político da revolução com amparo de Emiliano Zapata ao Sul e de Pancho Villa ao Norte, e por conseguinte ambos grupos vencem e conseguem derrotar a ditadura de Porfírio Díaz, chamada de *“porfiliato esta posto ao fim”*, e quem assume o poder é Madero.

Todavia, Emiliano Zapata e Pacho Villa querem a devolução das terras dos camponeses que foram apropriadas e disponibilizadas aos latifundiários e a resposta de Madero foi que o Estado de direito iria resolver esse problema, no entanto Emiliano Zapata e Pacho Villa não abaixam as armas até que as transformações aconteceram, não só na política mas em especial na ordem econômica e social.

Nesta toada, a Revolução fugiu do controle das elites e Emiliano Zapata ao Sul e Pacho Villa ao Norte lideraram um exército de camponeses lutando por transformações na ordem econômica e social, o que levou estes grupos que antes eram aliados a uma grande repressão do governo do México e com auxílio do governo dos Estados Unidos da América, o que trouxe como resultado a morte dos dois líderes revolucionários dos camponeses. Mas, a morte deles não foi em vão, pois de alguma forma se consegue essas transformações que ele tanto desejavam.

Em 1917 temos a criação de uma avançadíssima Constituição que se preocupava com os direitos civis, políticos, e também com direitos sociais garantindo os trabalhadores conquistaram direitos trabalhistas, foi a primeira vez que os direitos trabalhistas foram positivada numa Constituição. Além disso, Estado Mexicano se tornou laico, ou seja, a separação do Estado e da Igreja e por fim, a propriedade privada subordinada ao interesse social, ou seja, o direito a terra não é um direito absoluto no México, mas depende do interesse social, logo ela pode ser transformada em terra para a reforma agrária, como Fábio Comparato³⁸ mostra a importantes mudança:

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o "longo século XIX"; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada.

³⁸ COMPARATO, op. cit., p. 190.

Por fim a Revolução ela vai se institucionalizar no chamado PRI (Partido Revolucionário Institucionalizado), partido esse que permanece por muito tempo no poder, e somente através da arte e da cultura que o México vai ser reconciliar socialmente.

Entretanto no ano de 1994 estoura na região Sul na região de Chapas o Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN) que este por sua vez se contrapõem ao acordo celebrado pelo Estado Unidos e o México.

O que surge uma insurreição de camponeses no final do século XX por volta de 1997 que retorna a memória de Emiliano Zapata aquela liderança camponesa que lutou e agora lutam novamente com o imperialismo estadunidense, organizaram uma marcha na cidade do México para reinterarem suas reivindicações.

Com a lentidão das negociações e à resistência do exército zapatista, o governo mexicano decidiu reprimir violentamente os zapatistas. No final do ano de 1997, houve um enfrentamento entre o exército e membros do novo grupo revolucionário resultaram na morte de 45 membros do EZLN (Exército Zapatista de Libertação Nacional) da aldeia Acteal. Como resultado direto das questões sociais do México ganharam espaço na mídia internacional e atraíram a atenção mundial para as crises sociais e institucionais vividas em solo mexicano.

3.4.2 Constituição Alemã (1919)

Na Europa no início do século XX, praticamente não existia Constituição, portanto essa foi a Primeira Constituição da República Alemã, também é conhecida como Constituição de Weimar foi elaborada e votada nessa cidade da Saxônia.

O processo da República de Weimar se deu com a queda da monarquia que era governada pelo Imperador Kaiser (significa imperador em alemão) Guilherme II, era uma monarquia semi-absolutista onde o primeiro ministro era indicado pelo imperador e o mesmo só prestava contas ao imperador, pois não existia um parlamento, aqui o Imperador não era uma figura Constitucional, mas sim uma figura de poder.

Como leciona Fábio Comparato³⁹:

³⁹ Fábio Comparato op. cit., p. 201

A vigência efetiva dos textos constitucionais depende, muito mais do que as leis ordinárias, de sua aceitação pela coletividade. Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou, ao cabo de quatro anos de combates, cerca de 2 milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população ativa masculina), sem contar a multidão dos definitivamente mutilados, o povo alemão passou a descreer de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. Sem dúvida, o texto constitucional é equilibrado e prudentemente inovador. Mas não houve tempo suficiente para que as novas ideias amadurecessem nos espíritos e as instituições democráticas começassem a funcionar a contento. A Constituição de Weimar foi votada ainda no rescaldo da derrota, apenas sete meses após o armistício, e sem que se divisassem com clareza os novos valores sociais. Ela não podia deixar, assim, de apresentar ambiguidades e imprecisões, a começar pela própria designação do novo Estado, que se quis reconstruir sobre as ruínas do antigo. A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que “o império alemão (das Deutsche Reich) é uma República!

Com a derrota na primeira guerra mundial, que custou muito para Weimar e para os cofres alemães, incitando a primeira onda revolucionária na Alemanha pós guerra, resultando na derrubada da monarquia, com a fuga do Imperador Kaiser Guilherme II, em 07 de novembro de 1918.

No dia 29 de outubro de 1918 os marinheiros que estavam estacionados no porto de Kiel se rebelam contra a ordem do comando naval que eles mesmo lançam a denominada “batalha final”, que com o tempo foi ganhando cada vez mais força e essa rebelião naval acabou virando uma verdadeira guerra civil, o país todo começou uma rebelião de solidariedade onde começaram a se constituir “conselhos de soldados, operários, camponeses e marinheiros”, o que fez com que os poderes do imperador ficassem em cheque por todo o país.

Com a derrota na primeira guerra mundial, que custou muito para Weimar e para os cofres alemães, incitando a primeira onda revolucionária na Alemanha pós guerra, resultando na derrubada da monarquia, com a fuga do Imperador Kaiser Guilherme II, em 07 de novembro de 1918.

Com a abdicação de Kaiser Guilherme II, foi nomeado o Príncipe Max de Baden como o chefe do governo sendo o novo imperador, entretanto o Príncipe Max de Baden impressionado com o grande crescimento da onda revolucionária abdicou do trono, o que leva o ministro Philip Scheidemann do MSPD partido socialista majoritário alemão, a tomar a iniciativa de proclamar a república.

O Príncipe Max de Baden imperador abdicado entrega a Friedrich Ebert o direito de formar o primeiro governo republicano, este é o primeiro passo rumo à república de Weimar.

Houve algo um pouco incomum, porque que a aristocracia desabando entrega o governo para o Partido Social Democrático Independente? Se tratou e uma estratégia entre nos nobres e a burguesia Alemã para tentar conter as revolução que estavam em curso incurso (em conflito), pois o exército neste momento estava muito desmoralizado para tentar alguma ação contra os revolucionários, e portanto o plano era transferir o poder aos sociais democratas para que eles conseguirem acabar com a revolução e para que ele cuidassem de reorganizar o Estado burguês e dando um basta um fim na revolução socialista e isolassem os comunistas.

O governo provisório que estava vigorando tinham dois partidos políticos e os mesmo possuíam objetivos político diferentes, sendo os partidos políticos o de Ebert MSPD (Partido Socialista Majoritário Alemão) e o USPD (Partido Social Democrático Independente) que tinham como objetivo no MSPD queriam a promulgação de uma assembleia nacional constituinte e por conseguinte o estabelecimento de uma democracia parlamentar, já o partido USPD era a favor de instituir imediatamente uma ditadura do proletariado e da completa socialização da economia, isso tudo sem precisar passar por uma reconstitucionalização formal do

Para Comparato⁴⁰:

Nos últimos dias de novembro, o governo promulgou uma nova lei eleitoral e convocou eleições para a formação de um congresso de representantes das diferentes províncias imperiais, que veio a se reunir em Berlim em 16 de dezembro. Em 20 de janeiro de 1919, esse congresso votou, por ampla maioria, a convocação de uma assembleia nacional constituinte. Uma semana antes, porém, exatamente entre 6 e 15 de janeiro, as forças policiais, que compreendiam vários grupos paramilitares, empenharam-se em sangrentos combates de rua em Berlim contra os militantes do grupo *Spartakus*. Em meio à refrega, os líderes esquerdistas Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo foram capturados e sumariamente executados. Com o desaparecimento dessas grandes personalidades da esquerda, únicas em condições de resistir criticamente à influência do comunismo soviético, o movimento socialista alemão viu-se singularmente enfraquecido para ganhar a confiança das classes médias e enfrentar com êxito, nas urnas, o perigo montante da extrema direita totalitária.

Todavia, foram realizadas as eleições e o resultado não foi o que se era esperado, pois o resultado não foi maioria absoluta para os partidos socialistas. O projeto da Constituição ele foi delineado por Hugo Preuss que o esmo era discípulo historiador e teórico do antigo comunitarismo germânico Otto v. Gierke.

⁴⁰ COMPARATO, op. cit., p. 203.

O que fez com que a Constituição de Weimar se compunha contraditoriamente conciliar ideias pré-medievais e com exigências sociais ou do liberais-capitalistas da civilização industrial, após seis meses de trabalho foi aprovada a nova Constituição com maioria dos votos.

Nesse ínterim a mesma assembléia que estava cuidando da Nova constituição também assinou o tratado de Versalhes, o que levou a Alemanha a ficar novamente em uma saia justa, pois, o tratado obrigava o país a pagar várias indenizações devido as guerras, o que faz com que a Alemanha fique próxima a um colapso financeiro da República Alemã, o que torna praticamente impossível a sua atuação do pós-guerra, fatos esses que ajudou a abrir caminho para as barbáries nazistas que viriam a destruir a República de Weimar, pou tempo depois, mais precisamente no ano de 1933.

3.5 Constitucionalismo Contemporâneo

Essa etapa do constitucionalismo também foi denominada como neoconstitucionalismo, surgiu no período Pós Segunda Guerra Mundial (1945) esse foi um ricochete visto as barbaridades que foram cometidas pelos regime nazista, que durante a Guerra praticou um genocídio de judeus, ciganos, anões e outros povos ou raças consideradas inferiores. Afim de tentar reparar e evitar que isso acontecesse novamente foi proposta uma reestruturação do direito constitucional sendo denominada de neoconstitucionalismo. Para Marcelo Novelino⁴¹

A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores. Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como o núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.

Neste período está surgindo a terceira Constituição Brasileira de 1934, nesse importe é a primeira constituição que vai abordar sobre a ordem econômica e

⁴¹ NOVELINO, op. cit., p. 52.

social do país, e tem como base e inspiração a Constituição Alemã de 1919. Para tanto as constituições que foram elaboradas no século XX tendem a se preocupar com os interesses da coletividade.

Com o intuito de evitar novos desrespeito a população, começam nesse momento o surgimento de mais um direito fundamental, a Terceira Dimensão dos direitos fundamentais que visa direitos metaindividuais, ou seja os direitos difusos de interesse coletivo e individuais homogêneos, que estão consagrados na constituição brasileira de 1988 nos seus artigos 5º, LXX, b, 8º, III, e 129, III.

Os direitos de Terceira Dimensão estão ligados aos principais valores de fraternidade e solidariedade. Os direitos transindividuais são destinados a proteção da raça humana, tendo como suas características a universalidade e o humanismo, portanto, esses direitos se destinam a proteção e preservação da qualidade de vida da coletividade.

3.5.1 Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ele vem com uma pegada um pouco diferente do constitucionalismo, enquanto o constitucionalismo traz a Constituição como norma suprema e diz que nada esta acima dela, o neoconstitucionalismo traz a Constituição ao centro e aqui é mais importante a dignidade da pessoa humana, para tando vejamos algumas de suas características, na visão de Bulos⁴²:

Para os defensores do neoconstitucionalismo, ele apresenta as seguintes características: (i) equivale a uma nova teoria do Direito Constitucional; (ii) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita infraconstitucional, passando para o campo constitucional; (iii) inaugura um novo período da hermenêutica constitucional; (iv) reflete a pujança da força normativa da Constituição; (v) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise do Direito; (vi) retrata o advento de um novo sistema jurídico e político; (vii) inaugura um novo modelo de Estado de Direito; e (viii) reúne novos valores que se prenunciam vigorosamente.

Para nós; nenhuma dessas características, tomadas de per si, pertence ao neoconstitucionalismo, porque todas elas fazem parte da evolução do constitucionalismo contemporâneo, algo que independe de rótulos, nomes, expressões ou terminologias para existir.

⁴² BULOS, op. cit., p.80.

Diferentemente do constitucionalismo aqui não se é mais aplicada a letra pura e seca da norma, no neoconstitucionalismo cabe o juiz julgar de acordo com princípios e norma que mais benéfica ao réu. Para Eduardo Cambi⁴³:

A Constituição deve ser concebida como um sistema de princípios e regras - formais e substanciais - que tem como destinatários os titulares do poder.

A Revolução Francesa, cuja deflagração ocorreu simbolicamente com a queda da Bastilha em 1789, foi o grande marco histórico do Estado Moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugurou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais.

Segundo o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), “toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição” Deste dispositivo, depreendem-se dois elementos essenciais, que estão no núcleo do conceito das Constituições Modernas: a separação de poderes (ou a limitação jurídica do poder estatal) e os direitos fundamentais. Tal concepção de Constituição se amoldou a uma organização política liberal e garantista, sendo concebida como um limite ao poder político, a fim de assentar que os Estados Liberais seriam constitucionais, porque tinham Constituição, enquanto os Estados despóticos não seriam constitucionais, porque careciam de Constituição.

Mesmo que esse modo de utilizar o termo “Constituição” esteja em desuso e ainda que se rejeite a concepção liberal do constitucionalismo, em favor de uma concepção mais democrática, é consenso reconhecer que a inexistência da observância, pelos Estados, da separação de poderes ou dos direitos fundamentais implica a não caracterização do Estado Constitucional ou a ausência de Constituição.

Como bem abordado por Eduardo Cambi o neoconstitucionalismo é bem complexo e envolve várias nuances, como foi dito, ele para de ser uma supremacia e passa a ser o centro, agora basicamente tudo que envolve o direito esta ligado ao neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo abriu várias portas, atualmente os juizes não são mais impressores da lei, agora com o giro hermenêutico que é como de denomina parte desse processo o poder judiciário está indo muito além, pois os juizes agora tem um papel fundamental no Judiciário do qual os juizes acabam legislando ao decidir certo conteúdo que são função do Legislativo.

Através do ativismo judicial nos possibilita que o judiciário tome algumas medidas que antes não eram de competência do judiciário, um exemplo emblemático

⁴³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** - 3. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020. p.21

disso foi a discussão que colocava em pauta se o colarinho do chopp era ou não chopp (Apelação Cível nº 1003.72.05.000103-2/SC).

Por fim, o neoconstitucionalismo é uma doutrina ou postura que surge na segunda metade do século XX, esse neoconstitucionalismo representa uma mudança na postura hermenêutica que implica na eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais.

3.5.2 Constitucionalismo do futuro

Recentemente temos a aparição de um novo constitucionalismo que é um novo olhar para a constituição são teses novas sobre o que poderiam ser o constitucionalismo do futuro, alguns doutrinadores também denominam como constitucionalismo do que está por vir, no livro de Pedro Lenza⁴⁴ cita alguns valores que provavelmente deveriam constar no constitucionalismo do futuro:

- Verdade: a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; o constituinte só poderá “prometer” o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético;
- Solidariedade: trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social;
- Consenso: a Constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático;
- Continuidade: ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados;
- Participação: refere-se à efetiva participação dos “corpos intermediários da sociedade”, consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático;
- Integração: trata-se da previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos;
- Universalização: refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização.

O novo constitucionalismo tende a consolidar ainda mais os direitos de Terceira dimensão, dando ao constitucionalismo do futuro características sociais, com os valores dos direitos de Terceira Dimensão que são o de fraternidade e de solidariedade.

⁴⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2021. (Coleção Esquematizado) p. 119.

Tendo em vista que a solidariedade é equiparada com igualdade a todos e sempre de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e a justiça social, portanto esse é um valor fundamental para o constitucionalismo do futuro tendo em vista que a solidariedade é uma responsabilidade recíproca a todos do seu convívio social.

Por ser um tema bem recente não há tantas pesquisas, em virtude de que ainda estão sendo confeccionadas, mas o principal precursor dessa temática é o doutrinador argentino José Roberto Dromi, que trata de forma mais específica e bem detalhada os valores e os linhares para o Constitucionalismo do futuro, portanto, não vamos nos aprofundar com esse tema, tendo em vista a sua complexidade.

3.5.3 Constituição Brasileira (1988)

A Constituição Brasileira de 1988 é intitulada como a Constituição cidadã, tendo em vista que é uma Constituição garantista, pois ela assegura vários direitos a população nas saudosas palavras de Luiz Roberto Barroso “*A Constituição Brasileira só não traz a pessoa amada em três dias*” e sem contar ainda que é uma das mais novas e atualizadas constituições do mundo, como veremos a seguir na palavras de Uadi Lammêgo Bulos⁴⁵, as principais diferenciações que esta constituição nos trouxe.

O modelo de controle da constitucionalidade implantado pela Carta de 1988 é um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de fiscalização concentrada.

Esse detalhe é significativo, porque a Carta de Outubro ampliou a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art.103) . Possibilitou que as grandes controvérsias constitucionais fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal pelo processo de controle concentrado de normas.

Permitiu ao Supremo suspender, de imediato, a eficácia do ato normativo considerado inconstitucional mediante pedido de medida cautelar (art.102, I, p) , mantendo a novidade oriunda da Emenda Constitucional n.7/77.

A propositura de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade genéricas, inclusive pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, demonstra que muitos temas polêmicos chegaram ao Pretório Excelso pelo controle concentrado. Basta ver o questionamento da legitimidade da lei do salário mínimo, as disputas sobre o pagamento por precatório dos créditos alimentícios, as discussões relativas à política econômica do Governo, as celeumas previdenciárias etc. Todos esses temas, como tantos outros, evidenciam o perfil que o Texto de 1988 irrogou ao controle concentrado de normas perante o Supremo Tribunal Federal (STF, ADIn 737, Rei. Min.

⁴⁵ BULOS, op. cit., p. 204.

Moreira Alves, DJ de 22- 1 0- 1 993, p. 22252; STF, ADin 672, Rei. Min. Marco Aurélio, DJ de 4-2- 1 992, p. 499; STF, ADin 60 5 , Rei. Min. Celso de Mello, DJ de 5-3- 1 993, p. 1 2254) .

Ao reforçar a anatomia do controle concentrado, o constituinte de 1988 acabou reduzindo, mas não eliminando, o controle difuso. Quer dizer, a competência da jurisdição constitucional ordinária foi, de certa forma, atenuada, mas não extinta. Resultado: a inconstitucionalidade das leis e atos normativos passou a ser examinada, na maioria das situações de relevo, pelo Supremo Tribunal Federal (controle concentrado). Já os juízes - titulares da jurisdição constitucional ordinária - ficaram, praticamente, limitados, tendo em vista que a Carta de 1988 esvaziou o controle difuso de constitucionalidade. Todavia, isso não nos autoriza menosprezar o controle difuso no Brasil. Ele está ao dispor para quem desejar obter a decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto.

O contexto histórico que o Brasil estava vivenciando antes da Constituição de 1988 é um tanto quanto complexo, pois tivemos muitas Constituições para ser mais exato o Brasil teve sete Constituições isso sem conta a atual, comparando com outros países como os Estados Unidos da América eles só tiveram uma Constituição sendo ela de 1787 e que vigora até com sete artigos e ciente vinte? e sete emendas.

Para entende o motivo de a Constituição de 1988 ser chamada de constituição cidadã, é preciso entender que o país vivia uma ditadura, ou seja, no período onde a Constituição de 1988 foi promulgada estávamos em processo de redemocratização, pois estávamos saindo de 21 anos de ditadura militar, um dos principais movimentos para a derrocada do governo militar no Brasil foram as chamadas “Diretas já”, onde o povo brasileiro saiu as ruas clamando pelo direito ao voto.

O Presidente que foi eleito indiretamente e não escolhido pelo povo, foi o Tancredo Neves, que tinha como seu vice-presidente José Sarney toda via José Sarney quando teve o Ato Institucional número dois quando só era permitido dois partidos políticos ele se filiou a ARENA, assim dizendo ele já tinha era coligações com os militares, pós ditadura ele entra para o PDS (Partido Democrático Social).

Quando foi feita uma nova Constituição onde o atual Presidente era o José Sarney, algumas pessoas não aceitaram, tendo em vista que o presidente eleito Tancredo Neves, veio a falecer antes que pudesse assumir a presidência. Além disso, Sarney tinha ligações com os militares. Todavia a constituinte foi convocada, e com 559 deputados participantes, tendo como Presidente da Assembléia Constituinte Ulysses Guimarães PMDB-SP (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), sendo a

Constituição foi promulgada, contando com a participação de todos tendo a linha mais conservadora e a linha progressista.

Essa Constituição é bem detalhada até mesmo prolixa, assombrada pelos anos de chumbo, a constituição buscou garantir o maior número de direitos possíveis, contudo ao mesmo tempo que ela tenta dizer tudo, acaba por não falar nada, mas mesmo assim ela foi escrita e eleita aprovada, fato que a levou ser chamada de Constituição Cidadã tendo a assembleia em 22 de setembro de 1988 e sendo promulgada no dia 05 de outubro de 1988 data que ela passou a vigorar, e segue em vigor.

Algumas medidas progressistas que foram incorporadas na Constituição, são a redução da jornada de trabalho de 48 horas semanais para 44 horas semanais, o direito de greve e liberdade de associação sindical, 13º salário para aposentados e seguro desemprego, que até então não existia tinha e uma das mais importantes conquistas que foi o fim da censura e do Habeas Data, que é o direito de acesso a toda a documentação que fale a seu respeito, e, ainda, a punição da tortura e do racismo (não sei se o fim/punição do racismo foi incluído no texto constitucional de 88, salvo engano, veio por emenda, mas posso estar errada).

4. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Abordaremos nesse capítulo um conteúdo de suma importância para que possamos obter a máxima compreensão e êxito do trabalho. Nesta fase, abordaremos sobre os tribunais constitucionais, sua origem, sua formação, sua competência, a divisão de poderes e como estes tribunais e a separação de poderes podem afetar a sociedade.

Neste íterim neste sentido, saliento ainda que veremos o ponto chave da temática que dará o linhame de tudo que foi exposto no presente trabalho e o ativismo judicial, como ele esta inserido no nosso ordenamento, qual sua competência e quais são os limites dentro do Código de Processo Constitucional do Brasil.

4.1 Da Gênese do Constitucionalismo ao Tribunal Constitucional

Os Tribunais Constitucionais ou Cortes Constitucionais visam a proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista as grandes atrocidades que foram vivenciadas no mundo a fora como por exemplo: o nazi-fascismo e ditaduras militares, momentos traumáticos na história mundial.

Em meados do século XX, temos o constitucionalismo democrático como uma nova forma de organização política, que foi adotada pela grande maioria dos países no do mundo o que levou esses Estados a passassem pelo processo de uma reconstrução constitucional.

Nesse viés, o constitucionalismo democrático funde dois conceitos que inicialmente aparentam ser opostos, mas, na realidades eles se complementam, o constitucionalismo que pretende fazer uma limitação do poder pela obediência da lei, enquanto que a democracia alvitre na soberania popular e na sua forma de expressão mais autêntica que é o governo da maioria.

Por conseguinte, o constitucionalismo democrático significa um governo pelo qual a maioria governa e respeita os direitos fundamentais. Nesse sentido, a constituição passa a ser compreendida como uma norma jurídica, o que faz com que suas disposições sejam beneficiadas da supremacia formal e material, portanto, são despótica e indispensável o que leva com que ocupem o centro do ordenamento jurídico.

Essas atribuições levam a Constituição a ter não somente o fundamento de validade formal, mas, também disciplinam os procedimentos para a edição de outras normas, por conseguinte na forma material ao ponto em que os limites em essência do conteúdo em que são deliberados, logo, impõe os compromissos e as obrigações junto aos poderes do país.

Sendo assim optamos por um modelo de Constituição escrita e rígida, e cabe aos Tribunais Constitucionais ou no caso do Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da constituição.

Existem três momentos de implementação das Cortes Constitucionais ou Tribunais Constitucionais, sendo o primeiro momento anterior à Segunda Guerra Mundial tendo a Corte Constitucional da Áustria e Tchecoslováquia ambas datadas em 1920.

O segundo momento teve origem no período Pós-Segunda Guerra Mundial e teve como características a consolidação do modelo de tribunal constitucional, o que levou a restauração do tribunal da Áustria datado em 1945, Alemanha datado em 1949, França datado em 1959 e o da extinta Jugoslávia ou Lugoslávia que foi de 1963 e 1974.

E por fim o terceiro período que ocorreu em países que haviam experimentado a autocracia e se redemocratizado, sendo Grécia, Espanha, Hungria, antiga Tchecoslováquia, Bósnia e Herzegovina entre outros países. Já na América Latina foi afetada por este novo direito constitucional ao passo de que alguns de seus países adotaram o sistema misto de fiscalização de constitucionalidade das leis por meio da coexistência de controle centralizado e controle difuso⁴⁶.

Na América, o controle de convencionalidade se deu por meio do famoso caso *Madison versus Marbury* (1803 – sentença do caso), até esse momento não era cabível o controle jurisdicional, em virtude de que o povo fazia as leis (através de seus representantes eleitos) não caberia ao Judiciário discutir isso.

John Adams presidente dos Estados Unidos da América, naquele período, ao perder as eleições presidenciais, nomeou o juiz Marbury, como ele havia perdido as eleições presidenciais para o Thomas Jefferson, o presidente John Adams antes que cessasse seu mandato, nomeou vários juizes para tentar controlar as decisões do próximo presidente.

⁴⁶ FIX-ZAMÚDIO, Hector. *Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina*. 2016. p.60.

Quando Thomas Jefferson assumiu como Presidente, ele nomeou como secretário de Estado, Madison, e as pessoas que foram nomeadas pelo antigo presidente pretendiam tomar posse dos cargos. Entretanto, o sucessor não aceitou as nomeações que foram feitas pelo antigo presidente, o documento era válido e foi assinado pelo antigo presidente com uso de todas as suas atribuições legais, mas, o atual presidente não aceitava.

Foi então que surgiu o caso *Madison versus Marbury* e o processo caiu justamente com o juiz John Marshall, que deveria ter alegado a sua impossibilidade de julgar o caso, por ter participado diretamente com o presente caso, o que fez com que sua decisão fosse muito mais política do que jurídica, a decisão foi validada, mas, Marbury não pôde tomar posse, em razão de sua idade avançada, ainda essa ação não poderia ter sido julgada pela Suprema Corte, tendo em vista que o presidente não era parte e sim Madison, assim, o julgamento deveria ocorrer em primeira instância inferior.

O modelo norte-americano foi aprimorado por outras decisões judiciais, mas a doutrina acabou ganhando apoio em outros países que entenderam a importância do papel do Tribunal como guardião do documento, que organiza o Estado e acompanhava de uma “declaração de direitos”.

4.2 Importância da Separação Natural de Poderes

Ao analisarmos tudo que foi já exposto podemos ver que muitos regimes de governança não tinham um bom caminho, tendo em vista que grande parte destes governos eram tiranos ou autoritários, e não tinham um bom sistema de organização. Foi neste momento que alguns filósofos se juntaram e começaram a pensar em uma forma de governo que fosse mais benéfica que a que vigorava na época.

Nesta ocasião temos o aparecimento de alguns filósofos que contribuíram para a construção da separação natural de poderes, a (Tripartição dos Poderes) dentre os quais temos as três principais teorias acerca da separação de poderes sendo a teoria de Aristóteles, a teoria de John Locke e a teoria de Montesquieu.

A teoria de Aristóteles 384-322 a.C. é idealizada na obra *Política*⁴⁷, onde o grego discute sobre as primeiras noções sobre a separação de poderes do Estado e que posteriormente outros filósofos se utilizaram de sua teoria para dar continuidade, vejamos um trecho expresso por Aristóteles⁴⁸:

Todas as formas de Constituição apresentam três partes em referências às quais o bom legislador deve examinar o que é conveniente para cada Constituição; se estas partes forem bem ordenadas a Constituição será necessariamente bem ordenada, e na medida em que elas diferem uma das outras as Constituições também diferem entre si. **Destas três partes uma trata da deliberação sobre assuntos públicos; a segunda trata das funções públicas, ou seja: quais são as que devem ser instituídas, qual deve ser sua autoridade específica, e como devem ser escolhidos os funcionários; a terceira trata de como deve ser o Poder Judiciário.** A parte deliberativa é soberana quanto à guerra e a paz e a formação e dissolução de alianças, quanto às leis, quanto às sentenças de morte, de exílio e de confisco da propriedade, e quanto à prestação de contas dos funcionários.

Vejamos que o sentido do texto praticamente se iguala ao que hoje nós conhecemos, no trecho apresentado fica evidente que estamos falando de uma tricotomia na qual temos um cargo de caráter consultivo que irá se pronunciar sobre leis, guerras e paz, um outro cargo encarregado da junção do judiciário e um magistrado que ficará encarregado de cuidar dos assuntos ligados a administração.

Posteriormente temos a teoria de John Locke 1632-1704, na obra *Dois tratados sobre o governo*⁴⁹ Locke reacende a teoria Aristotélica sobre a separação de poderes Locke é o primeiro filósofo iluminista a afirmar a existência dos Três Poderes, que ele denomina em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, previa também a possibilidade de de um quarto poder, que ficaria à cargo do monarca, através do qual, o rei atuaria no intuito de promover o bem comum quando ocorresse a hipótese de uma lacuna legislativa.

Nesta mesma toada, o filósofo Montesquieu 1689-1755, segue a linha de pensamento de Aristóteles e John Locke, ele consolida a sua teoria na obra *De l'esprit de lois (O espírito das leis)*⁵⁰, na qual Montesquieu discorre sobre as principais características da tripartição de poderes, na concepção do autor, o Poder Legislativo

⁴⁷ ARISTÓTELES. *Política* (trad. Mario da Gama Kury), 2ª ed., Brasília, Ed. UNB, 1988, p.151.

⁴⁸ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio *Teoria geral do Estado*. — 3. ed. — Barueri, SP: Manole, 2010. p.44.

⁴⁹ *Dois tratados sobre o governo / John Locke* ; tradução Julio Fischer. — São Paulo : Martins Fontes, 1998. — (Clássicos).

⁵⁰ *O espírito das leis / Montesquieu* ; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. - São Paulo : Martins Fontes, 1996. - (Paidéia).

é o poder mais importante dentre os três poderes, ele explica que não existe meio hábil para que a população exerça o autogoverno, por conta que pode-se fazer valer a sua vontade soberana acima dos seus representantes, o que é demonstrado na sua obra⁵¹ como vamos ver a seguir:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem 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 a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. 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 do poder legislativo e do 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. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Nesse viés a separação de poderes foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no seu artigo 16 “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* em francês ou *A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*, portanto é fundamental que haja a separação de poderes”.

Montesquieu fez com que a teoria dos três poderes fossem a preferida de todos, o que fez com que vários países se não todos aderissem a teoria aristotélica, onde dividia o Estado em três sendo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O que nos Leva ao chamado *Checks and Balances* ou sistema de freio e contrapesos

O Brasil também aderiu a Teoria da Separação de Poderes adota o sistema tripartite, ou seja, é dividido em três sendo eles o Legislativo, o Executivo e o

⁵¹ MONSTESQUIEU, op. cit., p. 167 e 168.

Judiciário, essa mesma teoria também é denominada e bem disseminada na doutrina como sistema de freios e contra pesos.

4.3 Sistema Republicano

O surgimento da república se deu em Roma no século I a.C., o principal expoente da época foi Marco Túlio Cícero, uma frase atribuída a ele foi “res publica est res populi” ou “a coisa pública é a coisa do povo”, ele dizia isso pois, o povo não é apenas uma multidão, em virtude de que eles estão ligados entre si através de uma lei que vai tratar sobre o interesse em comum.

O sistema republicano tem como princípio fundamental, a questão de que qualquer pessoa que atue legislando em nome de terceiros pode ser injusta com alguns, portanto, somente o povo unido poderá legislar e, assim, não seria injusto com ninguém. A ideologia de Marco Túlio Cícero neste viés é que os interesses públicos devem se sobressair aos interesses privados, ou seja, a vontade do povo deve se sobressair.

A forma de governo da república é não é pura impura, decorre de uma mescla entre a aristocracia, democracia e a monarquia, portanto, podemos dizer que a república seleciona o que melhor interessa ao povo, em cada um dos sistemas de governo para formar o governo republicano.

Da monarquia extraímos a ideia do chefe de Estado, tal como temos na república na figura do Presidente da República, em que ele é eleito pelo povo para representar os interesses destes. Do sistema aristocrático, extraímos o direito ao voto, que antes era restrito somente uma pequena parcela da população, pelos ideais republicanos todos os cidadãos são detentores do direito ao voto.

No que tange à democracia, o ideal que permanece na república são as eleições, diferentemente da democracia ateniense onde os cidadãos iam em praças públicas para elaborar diretamente as leis e portanto, eram o seu próprio poder legislativo, atualmente essa função é designada ao Legislativo, que através do Congresso Nacional (Câmara de Deputados e Senadores), que são eleitos pelo voto direto, elaboram leis para defender os interesses da população.

Por fim, o sistema republicano visa a organização dos estados para que o povo tenha mais autonomia e liberdades, algumas características marcantes deste

sistema são os ideais de igualdade e justiça social, pois, o sistema disponibiliza mecanismos de contestação para atender os interesses e reclamações das minorias e da população descontente, como por exemplo, a ação popular.

4.4 Tribunais Internacionais

Os Tribunais Internacionais visam a proteção dos direitos humanos, e, são responsáveis por julgar um Estado membro caso ele venha a violar de forma direta ou indireta direitos fundamentais, pois, cada Tribunal tem o seu código de leis que - não- devem ser descumpridas.

A Organização das Nações Unidas (ONU) é denominada como a guardiã da paz, pois ela tem como seus principais objetivos a manutenção da paz e da segurança internacional, juntamente com a promoção do desenvolvimento social através da melhoria nas condições de vida de todos os indivíduos, além de respeitar os direitos e liberdade individuais fundamentais de cada um.

Essa é uma instituição que tem caráter universal, é também a sucessora da Liga das Nações ao todo a ONU conta com a atuação de 192 Estados filiados, para se afiliar o Estado deve se vincular por meio de um tratado que é a (Carta da ONU), que estabelece as os deveres e direitos dos estados signatários.

Antes de falar sobre o tribunal, precisamos delinear um tratado internacional de suma importância, que é a *Convención Americana*⁵² ou *Pacto de San José de Costa Rica* que representa grande avanço nos direitos humanos, -é fundamental-, em um primeiro momento estão expressos quais são as obrigações dos Estados, de respeitar as liberdades e os direitos que estão reconhecido nela, e também os deveres em adotar as disposições de direito interno necessárias.

Num segundo momento a Convenção determina alguns direitos e liberdades, tais como direito à vida, proibição da escravidão e da servidão, direito à liberdade pessoal, princípio da legalidade e da retroatividade, a proteção da honra e da dignidade da pessoa humana, liberdade de consciência e religião, direito à

⁵² *Convención Americana* ou *Pacto de San José de Costa Rica* é um tratado internacional que os que são signatários devem respeitar os direitos e liberdades previsto no mesmo. Nesse ínterim a Convenção estabeleceu que a Comissão e a Corte são dois órgão com competência para reconhecer os assuntos relacionados e o cumprimento dos compromissos que foram assumidos com os Estados signatários da Convenção e por conseguinte também pergunta o seu bom funcionamento.

propriedade privada, direito de locomoção e residência, igualdade perante as leis entre outros direitos.

Esse tratado internacional nos remete ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) aos países signatários exercem a soberania e adotaram uma série de instrumentos internacionais no âmbito da Organização dos Estados Americanos, que se tornaram a base de um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos. -Proteja os direitos humanos-. O sistema reconhece e define os direitos contidos nesses instrumentos e prevê a obrigação de promover e proteger esses direitos. Por isso, o sistema interamericano estabeleceu duas instituições que buscam garantir o cumprimento dos direitos humanos, são elas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Qualquer indivíduo, grupo ou organização pode apresentar uma petição em seu nome ou de terceiros, fazendo uma denúncia condenando as violações dos direitos humanos contra um ou mais países da OEA. Para tanto uma reclamação, uma pessoa pode ser um peticionário e/ou uma suposta vítima, única restrição são as únicas pessoas que não podem acionar a Corte são as pessoas jurídicas, somente precisa preencher os requisitos de admissibilidade, onde a Comissão irá analisar e dar procedência ao caso.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem como sua principal função observância e a defesa dos direitos humanos, também serve como um órgão consultivo da OEA (Organização dos Estados Americanos). Tem atribuições com dimensões políticas, realizando visitas *in loco* e preparando relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados membros. Desempenha ainda funções de dimensões quase judicial, pois ela é responsável por receber denúncias e analisar se foram cumpridos todos os requisitos de admissibilidade para que o caso possa ser aceito.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), é o órgão máximo do Sistema Interamericano, a Corte usa como respaldo nos seus julgamentos os tratados internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, onde faz a análises e recomendações sobre determinado caso, portanto a Corte tem competência contenciosa e consultiva.

No mundo existem três tribunais regionais internacionais, sendo a Corte Europeia dos Direitos Humanos, a Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, estes tribunais visam

a proteção dos direitos humanos. São instituições autônomas que tem um único objetivo, que é interpretar e aplicar a Convenção Americana, isso para o sistema americano, os tratados internacionais de direitos humanos. Portanto os tribunais americanos desempenham funções contenciosas que incluem mecanismos para resolver casos litigiosos e faz a supervisão de sentenças, tendo como funções consultivas e de emitir medidas provisórias.

5. ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial consiste na atuação do juiz que visando efetivar políticas públicas, acaba por legislar, o que fere a separação dos poderes. Para Souza⁵³:

Uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico, seja pela imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional).

Outro conceito importante para o desenvolvimento do presente trabalho é a judicialização⁵⁴, pois, o ativismo judicial e a judicialização se confundem por serem muito parecidos, conforme podemos observar nos ensinamentos de Vanice Regina Lírio do Valle⁵⁵:

O problema na identificação do ativismo, judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade - conseqüentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo - que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão Jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder.

Portanto, há uma linha bem tênue que difere esses dois institutos, mas com o decorrer do trabalho passaremos a explicar de uma melhor forma para que possamos compreender de uma maneira mais apropriada e correlata sobre a temática.

Inicialmente vamos analisar quais são as atribuições do poder judiciário onde ele deve atuar, tendo em vista, a teoria da separação de poderes de

⁵³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Coleção especial Ministro Romildo Bueno de Souza: catálogo/ Superior Tribunal de Justiça. — Brasília: STJ, 2018.

⁵⁴ Conceito sobre a judicialização nas palavras Luiz Roberto Barroso, a Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

⁵⁵ VALLE, Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.76.

Montesquieu os poderes são autônomos e independentes entre si, mas devem ser harmônico entre todos.

Cabe ao Poder Judiciário respeitar e interpretar as leis, por conseguinte os limites de sua atuação estão atrelados às leis, logo podemos dizer que o Poder Judiciário deve se amparar nas legislações, destarte que sua função típica é a resolução de conflitos com base nas legislações, ou seja, sempre que Poder Judiciário se utiliza de políticas públicas que não são de competências típicas do Poder Judiciário, o judiciário acaba atuando de maneira ativa, onde seriam de competência de outros Poderes tais como o Legislativo ou o Executivo e portanto aqui estamos falando do ativismo judicial.

Saliento ainda que o Poder Judiciário esta encarregado de ser o Guardião da Constituição, logo, tudo o que diz respeito aos direitos fundamentais cabe ao Poder Judiciário proteger os direitos e garantias previsto na nossa Constituição Federal.

O ativismo judicial é o poder judiciário atuando fora da sua esfera de competência originária, ocorre que o judiciário começa a invadir a competência do executivo e do legislativo, e acaba por legislar decidindo sobre matérias que não são de sua competência, neste ponto que se confunde a judicialização com o ativismo judicial.

Até certo ponto isso é bom, pois, quando começamos a analisar todo o caminho e o todo o tempo que o Congresso leva para criar e decidir sobre novas normas, leis, e temáticas esse processo é sintetizado atreve destes dois institutos.

No ativismo judicial, o poder judiciário é provocado a interpretar a constituição de uma forma mais especifica e pró-ativa, o que geralmente leva ao ampliamiento do seu entendimento.

Isto posto, observamos quando envolvemos o Poder Legislativo juntamente com a sociedade surgem necessidade que não são atendidas, o ativismo judicial vem na tentativa do Poder Judiciário em participar de realizações de finalidades constitucionais por meio de uma forma mais ampla e forte de intervir em maior medida no âmbito da atuação junto aos outros poderes.

Importante destacarmos que o ativismo judicial é de suma importância para o desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil em que vai garantir a proteção do direito. Para tanto as atividades devem ser fundamentada em em padrões

em que não vão ferir o princípio da separação dos poderes e os princípios democráticos.

No tocante a judicialização outro instrumento de grande importância, é a busca do Poder Judiciário para que o solucione direitos e controvérsias e assim assegurar que os direitos sejam garantidos, um grande exemplo disso são os tribunais de primeira instância que estão decidindo sobre tratamentos de saúde milionários e até mesmo fora do país sem a preocupação de serem eficazes ou não, e, portanto, sem a preocupação de que irá ou não afetar a verba direcionada a saúde.

O direito à saúde está consagrado no artigo quinto da Constituição, como um direito fundamental e, portanto, os tribunais entenderam que era seu dever assegurar este direito a qualquer custo o que levou a judicialização do tema, -o que essa decisão sejam amplamente elogiadas e criticadas, principalmente- pois, trata-se questões de cunho político e a implementação de políticas públicas ou de escolhas morais de demandas sociais.

Desta forma a judicialização tem em seu significado que algumas questões que geram grande impacto político ou social em que estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário, diferentemente do modo de políticas tradicionais que são por meio dos Congresso Nacional e do Poder Executivo.

Consequentemente a questão da judicialização no contexto brasileiro, é uma situação que decorre do modelo constitucional que foi adotado pelo Brasil e não de um exercício de deliberações de vontades políticas.

Destaco ainda que no processo de judicialização brasileiro o Poder Judiciário é provocado a se manifestar sobre determinado assunto que foi levado ao seu conhecimento, os tribunais não tem outra alternativa senão decidir sobre o assunto, pois foi provocado. O que na grande maioria das vezes acabam julgando procedentes por conta do dispositivo da Constituição que não define limites de atuação.

Existe um proposta em tramitação no Congresso Nacional que visa a controlar a atuação do Poder Judiciário, na tentativa de limitar a atuação dos Ministros do STF quando abusarem do ativismo judicial ou quando se valerem do ativismo judicial. atuar desta forma.

Por fim a ideia de judicialização tem como base a ideia do Poder Judiciário atuando dentro dos limites que já foram impostos a ele, qual seja a solução de controvérsias e inclusive controvérsias que sejam ligadas entre os poderes.

E o ativismo judicial é a atuação do Poder Judiciário na substituição do Poder Legislativo e do Poder executivo nas suas funções típicas e tradicionais, o que leva o Poder Judiciário a exercer uma postura atípica em relação ao que lhe fora - conferido- atribuído, essa atitude faz com que ele seja aclamado por alguns e repudiado por outras pessoas, mas, em relação ao princípio da separação dos poderes, devemos repudiar a atitude do judiciário.

5.1 Pontos Positivos

O ativismo judicial é amplamente aclamado e criticado, em virtude de existirem várias pessoas que são favoráveis ao ativismo judicial e as pessoas que são contra, vamos explorar cada um a seguir começando com os pontos positivos.

Segundo afirma Barroso: *“a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”*⁵⁶ e portanto, *“o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”*⁵⁷.

Seguindo a mesma lógica Silva e Weiblen⁵⁸ dizem que:

Não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Neste viés o instituto do ativismo judicial vem como uma saída, seria uma espécie de última instância que visa a garantia de direitos já assegurados pela Constituição Federal, isso decorre de alguma falha do Estado em garantir esses direitos e garantidas tidos como fundamentais.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan. / dez. 2009. Barroso (2009, p.6)

⁵⁷ BARROSO, op. cit., p.7

⁵⁸ Silva e Weiblen, Airton Ribeiro da, Fabrício Pinto. Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM julho de 2007 – Vol. 2, N.2, p 42-53 (2007, p.52)

No Brasil atualmente existe uma falha ou melhor dizendo uma falta de representatividade política, o que leva a busca do Poder Judiciário para a solução de conflitos como Teixeira⁵⁹ expõe “*o que ocorreria se também o Judiciário decidisse abandonar uma postura ativista e passasse a se omitir diante das ofensas aos direitos fundamentais (...)? A quem restaria recorrer?*”, o que deixa a população em uma saia justa tendo em vista que o ativismo judicial não é muito bem visto entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Entretanto se ambos poderes fossem bem representados e discutissem questões de caráter mais importantes e tendo em vista o bem estar da coletividade o ativismo judicial deixaria de existir.

Mas, o ativismo judicial existe por conta da omissão do poder legislativo, o que leva o Poder Judiciário ser encarado como última instância, agora se ele não agisse dessa forma o prejuízo maior seria para a população em geral que careciam de direitos fundamentais o que viola todos os princípios constitucionais e a própria Constituição Federal.

5.2 Pontos Negativos

Da mesma forma que existem posicionamentos favoráveis ao ativismo judicial também existe os posicionamentos que são contrários, neste ponto vamos abordar quais são os prejuízos que essa atuação do Poder Judiciário pode causar.

Aqueles que se opõem ao ativismo judicial acreditam que o ativismo judicial é quando o Poder do Judiciário extrapola sua competência e acaba por usurpar outros poderes. Portanto, é interessante tratarmos os principais argumentos usados pelos juristas contrários ao ativismo judicial.

De acordo com Sarmento⁶⁰, o ativismo judicial por ser um tema muito amplo o mesmo abre margem para o “*decisionismo judicial*”:

Haja vista que “muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por

⁵⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. São Paulo, Revista Direito GV, v. 8, n. 1, 2012, p. 16.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel Souza. I (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p.14.

justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos”

Streck⁶¹ nesse sentido afirma, “*um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)*”.

De acordo com Dworkin⁶² “*um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte (...) para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige*”.

O ativismo judicial nada mais é do que a negação de uma lei, e de certo ponto isso seria benéfico a população em geral tendo em vista os casos em que se é pleiteado o custeio de medicamentos caríssimos e mesmo sem ter a eficácia comprovada, o poder judiciário tem dado provimento aos intentos da população, porém, há um desrespeito ao planejamento orçamentário, pois, a verba destinada a saúde acaba extrapolando o que foi estabelecido pelo governo, o que pode causar grande prejuízo para a população.

Destaca-se ainda que o decisionismo judicial, no qual o magistrado ignora séculos de história tudo para beneficiar uma pequena parcela ou única parte da população, o que novamente coloca em risco todo o orçamento voltado a saúde da população, além de que são ignorados séculos de história e cultura do país.

5.3 O ativismo judicial no Civil Law e Commun Law

A origem desse sistema remonta à Roma antiga, lá já estava presente a lei das doze tábuas, posterior à queda de Roma e as invasões bárbaras, este direito que foi denominado de direito romano também sofreu a influência dos Reis Germânicos, em razão das ocupações bárbaras, por essa razão, essa vertente do direito foi denominada de *direito romano-germânico* e/ou *Civil Law*.

⁶¹ STRECK (2011, p. 598).

⁶² Dworkin 1999, p. 451, 452.

O sistema mais difundido no mundo é o sistema do Civil Law, que preza pela criação de normas escritas o que nos leva a sua fonte principal ou fonte primária, ou seja, as leis, que são criadas pelo Poder Legislativo e desta forma deverão ser aplicadas e respeitadas por todos, quando houver algum conflito cabe ao juiz analisar as normas e aplicar a que melhor se enquadra ao caso concreto, nesse sentido nas palavras de Silvio Salvo Venosa⁶³.

No sistema romanista, a lei prepondera como o centro gravitador do Direito. Essa tradição preponderou definitivamente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão do direito nacional. As Outras fontes subordinam-se à lei, de forma mais ou menos acentuada. Ainda, neste nosso sistema, a posição enfatizada da lei é reforçada pela presença da codificação. Para o jurista de formação românica, todo raciocínio jurídico terá sempre em mira, quase sempre como ponto de partida, o Código, seja civil, penal, processual etc., ou leis que muito se aproximam de codificações, como consolidações, estatutos ou microssistemas. Os códigos representam a legislação integral ou principal de determinados campos do Direito, como, por exemplo, o Código Civil atual representa o tronco principal e abrangente de todo direito privado.

O Brasil juntamente com toda a América Latina segue o modelo de do Civil Law, onde priorizamos as leis positivadas, ou seja, as leis escritas. No que tange ao costume, doutrina e a jurisprudência estas também são consideradas fontes do direito, mas, são fontes secundárias em virtude disso, ela tem como característica de fazer a baliza para a aplicação de normas sempre mostrando onde há a omissão de leis ou a falta de leis para determinar certo caso em concreto.

Já o sistema Commun Low que é o menos difundido no mundo, tem como fonte primária a jurisprudência e, portanto, todas as suas decisões são baseadas em decisões de casos já julgados pela Corte.

Sua origem remonta ao século XII, quando o rei de Plantageneta, região da Inglaterra, idealizou os primeiros passos para a institucionalização do Common Law, que é um modelo de sistema jurídico unificado, que vem do latim e significa *comum*, esse Rei sempre que e institui o sistema em alguma novo território ele levava o costume a nível nacional, nesse sentido nas palavras de Silvio Salvo Venosa⁶⁴.

No sistema do Common Law, dominante principalmente em países de língua ou influência inglesa (Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia, Índia, Quênia etc.), a lei é vista como apenas uma dentre as várias fontes. Seu papel não se

⁶³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito: primeiras linhas.** – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

⁶⁴ VENOSA, op. cit. p. 118 e 119.

sobrepõe às demais modalidades, como o costume, a jurisprudência, os princípios gerais. Fenômeno marcante desse sistema é o fato de a lei e o direito de origem jurisprudencial conviverem como dois sistemas distintos dentro do mesmo ordenamento. Ainda quando existam códigos, e muitos desses países os têm, essas fontes são vistas como consolidações do direito consuetudinário anteriores à codificação, sendo interpretadas com base em precedentes jurisprudências. Não há que se entender que esse sistema inglês seja costumeiro, na acepção estrita da palavra, mas jurisprudencial, baseado em cases. Há países que adotam sistemas mistos, com mais ou menos influência do sistema de direito civil, como, por exemplo, Escócia e Israel, matéria que exige estudo mais aprofundado.

Os países de origem anglo-saxônica tendem a utilizar mais da Common Law como no caso da Inglaterra, Estados Unidos e Canadá, aqui o juiz não se preocupa com a norma escrita, mas sim se a decisão em pauta possui um entendimento parecido, o que chamamos de sistema de precedentes.

Desta forma fica evidente as diferenças entre os dois sistemas, o Civil Law, tem como sua fonte principal as normas positivas, ou seja, as normas escritas, ela também se utiliza como fonte secundária a doutrina e a jurisprudência, destarte que a doutrina e a jurisprudência funcionam apenas como uma baliza para a atuação do juiz que irá analisar as formas prevista em leis.

O que é diferente do que ocorre no Common Law, nesse sistema a decisão judicial depende de uma análise de precedentes, a doutrina não tem muita eficácia e se torna dispensável.

6 CONCLUSÃO

Contudo o que vimos agora o presente trabalho atingiu com o seu objetivo com êxito, dos quais eram mostrar as raízes filosóficas do ativismo judicial em fases iniciais, para que possamos prosseguir dentro do constitucionalismo e chegar até o presente momento em que estamos vivenciando que é o neoconstitucionalismo.

Em fase inicial pudemos compreender os primórdios do ativismo judicial, o seu surgimento, o entender as origens do mundo e como elas eram explicadas, pudemos compreender os pensamentos dos filósofos da época e como foi feita a evolução das suas ideias no decorrer do tempo.

Onde Kant nós explica sobre os mundos numênico e fenomênico como eles interferem na nossa distinção de mundo, com o modo em que vemos as coisas do mundo e como é que realmente são as coisas do mundo, e finalizando essa etapa temos Hegel que trouxe uma evolução do pensamento de Kantiliano, trazendo uma classificando em mais três partes e as classificando a mente humana como espíritos que evoluem até chegar no ápice que é o alto espírito.

Pudemos observar toda a construção do espírito humano, a razão humana e toda a sua evolução através de uma classificação trinar onde partimos da teológica, passamos a metafísica no qual procurávamos explicar o mundo através de deuses e da natureza, e finalmente chegamos ao mais alto espírito que depois entramos no juspositivismo a evolução da mente humana que nos é muito bem explicada por Hegel no seu grau máximo, onde utilizados da ciência para explicarmos o mundo tanto físico como social.

Posteriormente finalizamos essa etapa com o juspositivismo que este por sua vez vai explicar as coisas do mundo através da ciência, na letra fria da lei o que muitas vezes não é muito benéfica para a sociedade, esta fase finaliza com a transição do juspositivismo filosófico para um juspositivismo sociológico que é o marco da criação da sociologia no mundo.

Ao passo que podemos evoluir o presente e entrarmos no direito constitucional, onde abordamos o constitucionalismo e suas várias vertentes, tendo como o constitucionalismo antigo que aborda a essência e os primeiros documentos que foram escritos, passando para o constitucionalismo inglês que esse por sua vez

traz documentos importantíssimos tais como a Lei do Hábeas-Corpus e o Bill of Rights, aqui temos os primeiros documentos que foram escritos, não dependendo mais só de costumes.

Com a evolução histórica adentramos no constitucionalismo clássico onde falamos da primeira constituição da América que foi a Constituição dos Estados Unidos da América, que traz as primeiras garantias do indivíduo e pouco tempo depois temos a constituição francesa que traz as primeiras garantias relacionadas a jornada do trabalho consagrada no texto de sua constituição.

Na mesma evolução conhecemos o constitucionalismo moderno e suas nuances, principalmente com a constituição Alemã que traz garantias de não discriminação.

No mesmo sentido da evolução entramos no período que estamos vivenciando na atualidade que é o neoconstitucionalismo, quem de uma breve forma ele deixa de ser uma “mão forte” e passa a “caminhar com o povo” sendo de certa forma mais acessível, e falamos sobre a constituição brasileira, que é uma das mais novas constituições no mundo e que tem ampla abrangência no sentido de garantias, nas palavras do saudoso Luiz Roberto Barroso a Constituição Brasileira só não traz a pessoa amada em três dias.

Onde passamos a discorrer sobre a temática principal do trabalho, em que pese falamos da essência dos tribunais constitucionais, a separação de poderes, o sistema de governo que o Brasil tem desde sempre e a importância dos tribunais internacionais.

Posteriormente entramos dentro do ativismo judicial na sua essência onde decorremos a judicialização e o ativismo judicial o que são e como nos afeta e abordamos como isso nos afeta, no mesmo compasso falamos sobre os pontos positivos e negativos do ativismo judicial e como ele pode atuar dentro do sistema do Common Law e do Civil Law.

Logo, podemos concluir que conseguimos atingir a compreensão a razão humana com ênfase, utilizando estas nuances e os aspectos históricos filosóficos do constitucionalismo ao ativismo judicial, por conseguinte destaco que os benefícios do ativismo judicial são maiores do que os malefícios, tendo em vista que a não observância do direito poderá implicar muitos prejuízos aos cidadãos, acredito que deva ser limitado para que não prejudique terceiros, como o caso que mencionamos de custeio de remédio sem a efetiva comprovação da sua eficácia, o

que ocasionaria um tremendo desfalque aos cofres público e ainda prejudicaria a verba voltada a saúde de todos.

REFERÊNCIAS

ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R. : Corte IDH, 2018.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado** — 3. ed. — Barueri, SP: Manole, 2010.

AGOSTINHO, Larissa Drigo. **Anais do Seminário dos Estudantes da Pós-Graduação em Filosofia da UFSCar**. IX Edição (2013).

ARAÚJO, I. L. **15 filósofos: vida e obra**. [Digite o Local da Editora]: Editora Manole, 2020. 9788578683801. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788578683801/>. Acesso em: 29 Jun 2021.

ARISTÓTELES. **Política** (trad. Mario da Gama Kury), 2ª ed., Brasília, Ed. UNB, 1988.

AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de. **Da Subjetividade à Objetividade do Espírito em Hegel (ou: Do Espírito Como Sujeito e Como Segunda Natureza)**. POLYMATHEIA - REVISTA DE FILOSOFIA. Acesso em: 29 Jun 2021.

B., B.E. C. **Curso de Filosofia do Direito**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788597026528. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026528/>. Acesso em: 29 Jun 2021.

BARCELLOS, Ana Paula De. **NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697> Acessado em 09/11/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan. / dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, Disponível em <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasil-contempor%C3%A2neo-Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso.pdf> Acessado em 13/11/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695> Acessado em 09/11/2021.

BEZERRA, Juliana. **As Treze Colônias e a Formação dos Estados Unidos.** Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/as-treze-colonias-e-a-formacao-dos-estados-unidos/> Acessado em 19/10/2021.

BEZERRA, Juliana. **Independência dos Estados Unidos (1776).** Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/independencia-dos-estados-unidos/> Acessado em 19/10/2021.

BEZERRA, Juliana. **Iluminismo.** Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/iluminismo/> Acessado em 08/11/2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito.** – 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**; tradução de Sérgio Bath. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto, **1909- A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª Reimpressão.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Coleção especial Ministro Romildo Bueno de Souza: catálogo/ Superior Tribunal de Justiça.** — Brasília: STJ, 2018.

BUENO, Manoel Carlos; **Código de Hamurabi, Manual dos Inquisidores, Lei das XI Tábuas, Lei de talião.** - 2ª Edição, 3ª tiragem - EDIJUR - Leme/SP - Edição 2021 - 96 páginas.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** — 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 — São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** - 3. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020. 790 p.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. **A Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5776-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/>. Acesso em: 15 nov. 2021. Acessado em 14 de novembro de 2021.

CHIMITI, Willian. **Do constitucionalismo antigo ao contemporâneo.** Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/constitucionalismo-antigo-ao-contemporaneo/> Acessado em 08/11/2021.

CÍCERO, Marcus Tullius. **Da República.** Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos.** — 7. ed. rev. e atual.— São Paulo: Saraiva, 2010.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva, Discurso sobre Espírito Positivo e Discurso Preliminar Sobre o conjunto do Positivismo.** Editora eLivros, 1978.

COMTE, Auguste, 1798-1857. C739c **Curso de filosofia positiva ; Discurso sobre o espírito positivo ; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo ; Catecismo positivista / Auguste Comte ; seleção de textos de José Arthur Giannotti ; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos.** — São Paulo : Abril Cultural, 1978. (Os pensadores)

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI / Dalmo de Abreu Dallari.** — São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Muguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** — São Paulo: Saraiva, 2009.

DA SILVA, Airton Ribeiro; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais.** Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 2, n. 2, 2007.

DIAS, Felipe Aires Coelho Araújo. **As gerações de direitos fundamentais.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58524/as-geracoes-de-direitos-fundamentais> Acessado em 08/11/2021.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. SARMENTO, Daniel Souza. I (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi; ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com...** [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIX-ZAMÚDIO, Hector. **Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina.** Disponível em <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/188-estudios-juridicos-en-homenaje-a-don-santiago-barajas-montes-de-oca>. Acessado em 13 de novembro de 2021.

FREITAS FILHO, Roberto, Crise do Direito Juspositivismo: **A Exaustão de um Paradigma / Roberto Feitas Filho.** Brasília Jurídica, 2003. Versão eletrônica do livro “Crítica da Razão Pura”, Emmanuel Kant, Tradução: J. Rodrigues de Menege, Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia).

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** RIDB, Ano 3 (2014), nº 5. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf Acesso em 10 de novembro de 2021.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831. **Princípios da filosofia do direito / G.W.F. Hegel; tradução Orlando Vitorino.** - São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Clássicos).

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1770-1831. Hegel **Fenomenologia do Espírito / G.W.F. Hegel; Tradução Paulo Meneses** Com a colaboração de José Nogueira Machado, SJ. - Petrópolis: Editora Vozes, 4ª Edição 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

JÚNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. **A Democratização do Poder Judiciário**; apresentação Sergio Antonio Fabris Editor. Ed. Formato Artes Gráficas - Porto Alegre, 1998.

KANT, Emmanuel. Versão eletrônica do livro “**Crítica da Razão Pura**”, Emmanuel Kant, Tradução: J. Rodrigues de Meringe, Créditos da digitalização: Membros do grupo de discussão Acrópolis (Filosofia).

LASSALLE, Ferdinand.; **O que é uma constituição?** / Ferdinand Lassalle - 1ª edição, 43 tiragem - tradução: Antônio Roberto Hildebrandi - EDIJUR - Leme/SP - Edição 2020.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A VIABILIDADE DE UM “CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO” NO BRASIL: EXEGESE VALORATIVA**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista4/lazari.pdf> Acessado em 10/11/2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Coleção Esquematizado®).

LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018. 585 p.(Monografias do CEJ, 30)

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. tradução Julio Fischer. — São Paulo: Martins Fontes, 1998. — (Clássicos).

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Segunda Edición, Barcelona, Caracas, México, Ariel, 1979.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **O constitucionalismo inglês**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5768/o-constitucionalismo-ingles> Acessado em 08/11/2021.

MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo / Max Möller. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 308 p.; 25 cm.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. - São Paulo : Martins Fontes, 1996. - (Paidéia).

N.P. Filosofia do Direito. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530990244. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990244/>. Acesso em: 30 Jun 2021 .

N.P. Filosofia do Direito. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530990244. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990244/>. Acesso em: 29 Jun 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. — 11. ed. rev., ampl. e atual. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. — 13. ed. rev. — Editora JusPodivm, 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra Editora - Coimbra, 1989.

PINHO, Rodrigo César. **Da organização do Estado, dos poderes, e histórico das Constituições**. —12. Ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. — (Coleção sinopses jurídicas; v.18).

PRAVALER. **Iluminismo – o que foi, principais pensadores e características**. Disponível em: <https://www.pravaler.com.br/iluminismo-o-que-foi-principais-pensadores-e-caracteristicas/> Acessado em 08/11/2021.

RAMOS, Elival. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição.. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2015. 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 15 nov. 2021. Acessado em 14 de novembro de 2021.

RAMOS, J. G. G.. Habeas corpus: histórico e perfil no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 31, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, São Paulo. Editora Saraiva. 19ª Edição 2002.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. – 2. ed. – Barueri (SP): Manole, 2019.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SARMENTO, Daniel Souza. I (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

DA SILVA, Airton Ribeiro; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 2, n. 2, 2007.

SIQUEIRA, Anna. **O Constitucionalismo do Futuro de José Roberto Dromi**. Disponível em: <https://anitasiqueira.jusbrasil.com.br/artigos/686478732/o-constitucionalismo-do-futuro-de-jose-roberto-dromi> Acessado em 10/11/2021.

SÓ HISTÓRIA. **Resumo - O Iluminismo - Pensadores e características**. Disponível em: <https://www.sohistoria.com.br/resumos/iluminismo.php> Acessado em 08/11/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, v. 8, n. 1, p. 037-057, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

VILLARIM, Cláudio Colaço. **Do constitucionalismo antigo ao neoconstitucionalismo: evolução histórica**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51662/do-constitucionalismo-antigo-ao-neoconstitucionalismo-evolucao-historica> Acessado em 08/11/2021.

WEILER MIRALLES, Anna Candice. **A eficácia do juspositivismo na complexa sociedade contemporânea**. Disponível em:

https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O_JUSPOSITIVISMO_NA_COMPLIXA_SOCIEDADE.pdf Acesso em: 29 Jun 2021.

WERNECK VIANNA, Luiz. **O ativismo judicial mal compreendido**. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05.