

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

**CURSO DE DIREITO**

**CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO EM FACE DO FENÔMENO DA  
JUDICIALIZAÇÃO QUE PERMEIA O ESTADO BRASILEIRO**

Eder de Souza Oliveira Junior

Presidente Prudente - SP

2.022

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

**CURSO DE DIREITO**

**CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO EM FACE DO FENÔMENO DA  
JUDICIALIZAÇÃO QUE PERMEIA O ESTADO BRASILEIRO**

Eder de Souza Oliveira Junior

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor João Victor Mendes de Oliveira.

Presidente Prudente - SP

2.022

**CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO EM FACE DO FENÔMENO DA  
JUDICIALIZAÇÃO QUE PERMEIA O ESTADO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, com a seguinte Banca Examinadora:

---

Professor João Victor Mendes de Oliveira  
Orientador

---

Professor Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro  
Examinador

---

Professor Sérgio Tibiriçá Amaral  
Examinador

“A primeira regra é manter o espírito tranquilo. A segunda é enfrentar as coisas de frente e tomá-las pelo que realmente são.”

Imperador Marco Aurélio.

## AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus, que sempre me proporcionou força nos meus momentos de fraqueza, luz nos momentos de escuridão, juntamente com sabedoria, capacidade e frieza para encarar e superar todos os desafios enfrentados ao realizar esse presente ato. Por sempre zelar por mim, me proteger e me fazer cada vez mais ter vontade de vencer e conseguir alcançar meus objetivos.

A Santa, no qual eu sou devoto, Nossa Senhora Aparecida, que carinhosamente chamo de: “mãezinha”.

Gostaria de estender o meu agradecimento ao meu orientador João Victor Mendes de Oliveira, este que além de exímio professor, jurista, tenho a honra de poder chamar de amigo e de maneira carinhosa e fraternal: irmão. Sou grato pelos ensinamentos, conselhos e orientações. Pela paciência e empatia que teve comigo ao longo do desenvolvimento do trabalho, podendo compreender por todas as adversidades e problemas enfrentados, mesmo que não sejam relacionados a vida acadêmica, sempre de prontidão para me ajudar. Por ter certificado de que tudo está adequado aos preceitos.

Agradeço aos meus pais, por terem me orientado, educado, feito tudo que estavam ao seu alcance para que assim eu pudesse me desenvolver. Sempre me motivando no decorrer do meu curso, acreditando em meu potencial e mostrando que com perseverança, fé e respeito podemos alcançar lugares inimagináveis, ou seja, onde nós desejarmos. Sendo assim, nada é impossível, desde que você faça por onde.

Agradeço ao meu irmão, pela paciência em me aguentar durante a vida toda, principalmente agora em 2.022 que passou a morar comigo para poder iniciar sua vida acadêmica. Já aproveito e lembro que você é capaz de tudo, confie em seu potencial, seja perseverante e espero que possa se deslumbrar com o curso, assim como eu, hoje, estou e sou apaixonado.

Estendo meu agradecimento à minha família como um todo, por sempre estarem do meu lado, elevarem a minha autoestima e acreditarem em mim.

Gostaria de agradecer a minha namorada, por estar ao meu lado nos momentos de alegria, de tristeza, de dificuldades. Por nunca ter soltado a minha mão

e sempre estar ao meu lado, me motivando, me fazendo sentir confiante, empolgado e feliz, aguentando os meus surtos. Sendo companheira inclusive em momentos de estudo, respeitando a minha necessidade e abdicando de momentos de diversão, para ficar ao meu lado enquanto desenvolvia o presente ato.

Estendo os agradecimentos a família da minha namorada, pessoas extremamente queridas, que sempre me motivam e que entraram em minha vida com um sentimento imenso de carinho, amizade, respeito, no qual, carinhosamente considero hoje como minha família, equiparado aos meus consanguíneos.

Um agradecimento especial a todos os integrantes do escritório Pinheiro e D'Arce Pinheiro Advogados. Por terem me acolhido desde o primeiro dia em que passei a integrar o quadro do escritório, fato este que me proporciona um aprendizado imensurável seja no mundo jurídico, quanto na vida. Desta forma, agradeço imensamente a cada um de vocês por fazerem parte da minha história e por acreditarem em mim. Oportunidade que pude ser presenteado com novos amigos, novas pessoas que irei carregar para sempre em meu coração.

Aprecio os meus estimados colegas de curso, em que estiveram comigo e enfrentaram todas as adversidades e desafios que a vida acadêmica pode proporcionar, agradeço por cada risada, ânimo, incentivo e tudo que vocês significaram para que cada dia pudesse ser vencido.

Agradecimento especial a minha colega de turma Iris Ribeiro Mardine, no qual a conheço desde os quatro anos e podemos estudar, praticamente, toda a vida juntos, desde o primário até a faculdade. Assim agradeço pela paciência, pelos momentos reunidos para realizar a monografia, após o horário do meu estágio, pelas risadas, enfim por tudo.

Prolongo o meu agradecimento aos meus amigos, pelas risadas, pelo apoio, pelos momentos de companheirismo.

Reitero os meus agradecimentos a todos que estiveram comigo em todos os momentos, sou extremamente grato a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a realização do presente ato.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma ampla reflexão quanto a ocorrência do fenômeno da Judicialização da política e sua incidência no cenário brasileiro e mundial, característico sobretudo nas democracias contemporâneas, no âmbito do Poder Judiciário. Atrelando e sendo considerado como um reflexo do fenômeno denominado Constitucionalismo Abusivo, como uma forma de eminente perigo as estruturas da Democracia. Para isso, contudo, são observados os aspectos, sendo dividido no que tange aos mecanismos de controle de constitucionalidade empregados em defesa do texto constitucional frente aos atos dos poderes públicos, subdividindo-se em controle difuso, concentrado, híbrido ou misto de constitucionalidade, posteriormente é feita uma concepção acerca da Teoria Geral do Poder Constituinte, bem como se define o conceito de constitucionalismo, passando a análise do fenômeno da Judicialização levando em consideração e estabelecendo a diferença entre Judicialização e ativismo judicial com uma análise histórica do seu surgimento tanto no Brasil como no mundo, bem como a ideia de precarização da democracia frente aos dois institutos, ativismo judicial e constitucionalismo abusivo, bem como são analisados, a título de direito comparado, as características e os elementos presentes nas Cortes e Tribunais Constitucionais de diversos países, quais sejam, África do Sul, Alemanha, Argentina, Áustria, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos da América, França e Japão, no que tange as competências atribuídas no âmbito de suas atividades, bem como a composição e os meios de indicação de seus membros. Da definição do mencionado fenômeno e de determinação dos aspectos necessários e fomentadores de sua incidência. Por fim uma conclusão acerca de todo o tema exposto ressaltando a importância do tema que está em constante debate no cenário social nacional no que se refere as questões relativas a legitimidade de referido Poder do Estado porquanto sua atuação em possivelmente abalar as estruturas do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Judicialização. Ativismo judicial. Judicialização no Brasil. Contexto histórico da Judicialização. Controle de constitucionalidade. Controle difuso de constitucionalidade. Controle concentrado de constitucionalidade. Controle Híbrido de constitucionalidade. Constitucionalismo. Constitucionalismo Abusivo. Precarização da Democracia.

## ABSTRACT

The present work aims to carry out a broad reflection on the occurrence of the phenomenon of the Judicialization of politics and its incidence in the Brazilian and world scenario, characteristic especially in contemporary democracies, within the scope of the Judiciary. Linking and being considered as a reflection of the phenomenon called Abusive Constitutionalism, as a form of imminent danger to the structures of Democracy. For this, however, aspects are observed, being divided with regard to the mechanisms of constitutionality control used in defense of the constitutional text against the acts of public authorities, subdividing into diffuse, concentrated, hybrid or mixed control of constitutionality, later a conception is made about the General Theory of Constituent Power, as well as the concept of constitutionalism is defined, passing the analysis of the Judicialization phenomenon taking into account and establishing the difference between Judicialization and judicial activism with a historical analysis of its emergence both in Brazil as in the world, as well as the idea of the precariousness of democracy in the face of the two institutes, judicial activism and abusive constitutionalism, as well as the characteristics and elements present in the Constitutional Courts and Courts of several countries, which namely, South Africa, Germany, Argentina, Austria, Canada, Chile, Colombia, United States of America, France and Japan, with regard to the powers assigned within the scope of its activities, as well as the composition and means of appointing its members. The definition of the aforementioned phenomenon and the determination of the necessary aspects that encourage its incidence. Finally, a conclusion about the whole subject exposed, emphasizing the importance of the subject that is in constant debate in the national social scene with regard to questions related to the legitimacy of that State Power, since its performance in possibly shaking the structures of the Democratic State of Right.

**Keywords:** Judicialization. Judicial activism. Judicialization in Brazil. Historical context of Judicialization. Constitutional review. Diffuse control of constitutionality. Concentrated control of constitutionality. Hybrid control of constitutionality. Constitutionalism. Abusive Constitutionalism. Precariousness of Democracy.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>11</b> |
| <b>2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>                         | <b>14</b> |
| 2.1 Controle Difuso de Constitucionalidade .....                        | 16        |
| 2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade .....                   | 19        |
| 2.3 Controle Híbrido ou Misto de Constitucionalidade .....              | 22        |
| <b>3. A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS ..</b> | <b>24</b> |
| 3.1 A Origem da concepção de Poder Constituinte .....                   | 26        |
| 3.2. Poder Constituinte Originário .....                                | 31        |
| 3.3. Poder Constituinte Derivado .....                                  | 32        |
| 3.3.1. Poder Constituinte Derivado Reformador .....                     | 33        |
| 3.3.2. Poder Constituinte Derivado Revisor ou Revisional .....          | 36        |
| 3.3.3. Poder Constituinte Derivado Decorrente .....                     | 37        |
| <b>4. CONSTITUCIONALISMO .....</b>                                      | <b>39</b> |
| 4.1. Origem do constitucionalismo .....                                 | 41        |
| 4.1.1. Estado Hebreu .....  | 41        |
| 4.1.2. Grécia .....   | 43        |
| 4.1.3. Roma .....   | 44        |
| 4.1.4. Magna Carta Libertatum .....                                     | 45        |
| 4.2. Constitucionalismo Inglês .....                                    | 47        |
| 4.2.1. Lei do Habeas-Corpus (1679) .....                                | 47        |
| 4.2.2. Bill of Rights (1689) .....                                      | 49        |
| 4.3. Constitucionalismo Clássico .....                                  | 51        |
| 4.3.1. Constituição dos Estados Unidos da América (1786) .....          | 52        |
| 4.3.2. Constituição Francesa (1791) .....                               | 55        |
| 4.4. Constitucionalismo Moderno .....                                   | 56        |
| 4.4.1. Constituição Mexicana .....                                      | 57        |
| 4.4.2. Constituição Alemã .....   | 60        |
| 4.5. Constitucionalismo Contemporâneo .....                             | 62        |
| 4.5.1. Neoconstitucionalismo .....                                      | 63        |
| 4.5.2. Constitucionalismo do futuro .....                               | 65        |
| 4.5.3. Constituição Brasileira (1988) .....                             | 66        |
| 4.6. Constitucionalismo Abusivo .....                                   | 68        |
| 4.6.1. Constitucionalismo abusivo no Brasil .....                       | 70        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>5. OS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>                      | <b>72</b>  |
| 5.1. Judicialização no Brasil .....  | 76         |
| 5.2. Judicialização no Mundo .....   | 78         |
| <b>6. PRECARIZAÇÃO DA DEMOCRACIA DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b> | <b>80</b>  |
| 6.1. O papel para a garantia da Democracia por meio da Separação Natural dos Poderes ..... | 81         |
| 6.2. Sistema Republicano e seu viés garantista da Democracia .....                         | 83         |
| 6.3. Cortes e Tribunais estrangeiros a luz do Direito Comparado .....                      | 83         |
| 6.3.1. Tribunais Internacionais .....  | 84         |
| 6.3.2. Corte Constitucional da África do Sul.....  | 85         |
| 6.3.3. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha .....                                   | 86         |
| 6.3.4. Corte Suprema de Justiça da Argentina .....   | 89         |
| 6.3.5. Tribunal Constitucional da Áustria .....  | 90         |
| 6.3.6. Suprema Corte do Canadá .....   | 91         |
| 6.3.7. Tribunal Constitucional do Chile .....  | 92         |
| 6.3.8. Corte Constitucional da Colômbia.....   | 93         |
| 6.3.9. Suprema Corte dos Estados Unidos da América .....                                   | 94         |
| 6.3.10 Conselho Constitucional da França .....   | 95         |
| 6.3.11. Suprema Corte do Japão .....   | 97         |
| <b>7. CONCLUSÃO .....</b>  | <b>98</b>  |
| <b>8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>  | <b>100</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade moderna está em constante evolução, desta forma os ordenamentos jurídicos também precisam estar em constante evolução.

A ideia de viver em sociedade é objeto de estudo há muitos anos, as indagações em busca de uma explicação sobre a tendência do homem em viver em sociedade podem ser vistas no decorrer da história.

Por meio de oito livros, o filósofo grego do século IV, Aristóteles, criou a obra: “Política”, buscando se aprofundar sobre os motivos da vida do homem em sociedade, que à época era pautada perante as “pólis”. Assim, o inestimável filósofo traz consigo a ideia de que o homem possui uma tendência natural no tocante a vida em sociedade.

No entanto, para que pudesse haver harmonia na sociedade eis que surge o Direito, mediante a criação da ideia de Estado.

Não obstante de Aristóteles, que em sua obra supramencionada também salienta a importância do estudo sobre as constituições presentes à época, fazendo duas divisões de análise, constituições boas e as desvirtuadas, temos magnânimo filósofo e teórico político inglês, do século XVII, Thomas Hobbes que em sua impagável obra *Leviatã* trouxe a ideia de que o surgimento do Estado e a harmonia da vivência em sociedade estaria ligada a um contrato estabelecido entre os homens. Tudo isso porque se faz nítido e notório a necessidade de que o controle seja cedido pela sociedade, homem, ao Estado.

Um homem mais forte tem vantagens sobre um homem mais fraco, aqui entra o Estado, para que essa diferença possa vir a ser equalizada, mantendo assim os interesses do bem comum.

Sem embargo, houve inúmeras evoluções constitucionais ao longo dos anos, desde o temível e impiedoso Código de Hamurabi, da Mesopotâmia, baseado na lei de Talião até a esparsa Constituição Cidadã de 1988.

De maneira rasa, um marco para a divisão dos poderes, este sendo base para as formas de separação dos poderes modernos, advém do século XVIII, através da *Trias Política*, com a obra “O Espírito das Leis” (*L’Esprit des Lois*) do saudoso filósofo e político francês Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Barão de

Montesquieu. Aqui surge o ideal de que há de ser feita uma divisão de poderes do Estado, em que eles devem ser independentes e harmônicos entre si, se dividindo em: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Por meio das evoluções constitucionais ao longo da história, podemos ver inúmeras concepções ao longo dos séculos, em virtude dos grandes acontecimentos históricos. Se faz necessário *a priori* tal reflexão para que possa ser feita uma análise mais robusta sobre a grande problemática enfrentada com o advento e perigoso crescimento das influências do Poder Judiciário.

Desta forma, debruçando sobre a história, pode ser feita a exclamação de que o século XIX está marcado pela consolidação de inúmeras Constituições, desta forma sendo caracterizado como século do legislativo, por conta de sua grande atividade.

Seguindo o raciocínio, temos o século XX marcado pelas decisões dos governantes à frente dos Estados, no Brasil tivemos Getúlio Vargas, com sua famosa ditadura conhecida como: Era Vargas, em consonância com um cenário mundial marcado por duas grandes guerras mundiais, ao voltar os olhos para o Brasil se tem a Ditadura Militar, está que ocorreu em outros países da América Latina, como a de Augusto Pinochet no Chile, na Argentina em virtude de uma forte crise, esta oriunda de vários golpes de Estado, mas que foi marcado por um golpe militar durante o governo do popular político argentino Juan D. Peron, que foi sucedido por sua mulher María Estela M. Peron, tendo como ascensão do general Jorge Rafael Videla, dentre outras previstas nesse cenário Latino-americano.

Assim fica evidente que não somente a América, mas o mundo passou por grandes influências governamentais durante a centúria, podendo ser considerado como século do Executivo.

Agora, mesmo que tenha passado pouco tempo desde o início do século XXI, já pode ser vislumbrado ideias de que este será marcado pelo século do Judiciário.

Por uma busca de suprir brechas e omissões legais, as Supremas Cortes ao redor do mundo se deparam com inúmeras situações em que tenham que fugir de sua esfera original para buscar determinadas soluções jurídicas.

No entanto, temos um diapasão acerca da matéria, visto que tais ações acabam gerando inseguranças jurídicas por cada vez mais conceber poderes ocultos.

No Brasil, o Pretório Excelso se mostra presente cada vez mais em assuntos relacionados ao cotidiano das pessoas, fugindo por grande parte de suas responsabilidades de fato.

Decisões como as oriundas dos mandados de injunção de 2008, de numeração 670, 708 e 712, fez com que houvesse um marco nacional sendo, na era moderna, a fatídica presença escancarada de um ativismo judicial, acerca da matéria sobre a possibilidade de greve do setor público baseada em uma interpretação da Lei nº 7.783/89 que regulamenta a greve do setor privado.

Tal como no Brasil, o mundo está marcado por inúmeras aparições do poder Judiciário, regulamentando normas, judicializando a vezo da sociedade, faz com que inúmeras incertezas sejam abarcadas e questionamentos como os limites que esse ativismo deve ter percorrem o mundo.

Existe uma frase de um teórico político irlandês, Edmund Burke, que diz: “Aqueles que não conhecem a história estão fadados a repeti-la”.

Deste modo, a história é clara quando um dos três poderes ganha mais força e mais representatividade do que o outro o que isso gera de fato, devendo servir como alerta para um futuro fadado a repetição de erros pretéritos.

Assim, temos o objetivo do presente trabalho, que por meio de uma análise partindo dos meios que possibilitam o controle das normas que se contrapõe com os ditames Constitucionais, posteriormente, elucidando os significados de ativismo e judicialização da política, concepções acerca do fenômeno do significado de constitucionalismo e sua variação denominada constitucionalismo abusivo.

Posteriormente, se projetará os riscos que estão atrelados com o pleno funcionamento das democracias, conceituando as formas existentes de Tribunais existentes em outros países, através do estudo comparado, conseguiremos expor e demonstrar os reais perigos atinentes a expansão do constitucionalismo abusivo, atrelado com o ativismo judicial e o fenômeno da judicialização da política, frente aos acontecimentos gerados pelo Judiciário tanto do Brasil, quanto do mundo.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em face das análises acerca da evolução do ordenamento jurídico como um todo no mundo, destaca-se que o direito, este já provado estar em constante evolução, teve como grande diferença e primazia de que haveria de ser feito formas para as garantias básicas do homem, fundadas principalmente em sua liberdade.

Buscando entender essa divisão e importância dos direitos ao homem, o renomado jurista italiano, Norberto Bobbio, apresenta ao mundo jurídico uma ideia de que o direito estaria preconizado em cinco dimensões ou gerações.

Desta forma, as cinco dimensões estariam divididas da seguinte forma, respectivamente, como: Direitos individuais; direitos sociais; direitos sociais difusos, marcados pela solidariedade coletiva; compreensão dos direitos à democracia e a grande pluralidade do ser e, por fim, não menos importante o direito à paz.

Se faz esclarecedor a divisão feita por meio das dimensões supramencionadas de que a base do direito está voltada ao controle e garantia da ordem social, assim temos que: “Por esse prisma, então, o Direito é norma de ação imposta ao homem e, à qual, este deve submeter-se até mediante coação do Estado. É o que se chama norma agendi (norma de agir) ou regra de ação”.<sup>1</sup>

No entanto, o constitucionalismo se apresenta em sentido oposto as propostas dimensionais trazidas por Bobbio, sendo analisadas como três grandes atos históricos.

As três fases analisadas pela história podem ser realçadas como: a primeira em concordância com a constituição e seus dados fáticos, a segunda como o liberalismo cerceado pelo direito e a regência da política e limitação dos poderes estatais e por fim a terceira fase como a grande necessidade de hierarquia constitucional, baseada nos ideias de Kelsen à serem abordadas mais a diante e principalmente a necessidade de um controle a essa norma hierárquica.

Assim, na primeira fase do constitucionalismo podemos assentar que o dado fático como significado da constituição estaria voltado a uma junção de costumes, pactos, formas de encarar a realidade da sociedade à época, sendo constituídos de maneira longínqua e não formando algo sólido e específico.

---

<sup>1</sup> BRANCATO, Ricardo Teixeira. Instituições de Direito Público e de Direito Privado. SP, 2009, p.7.

Através da evolução e revoluções atinentes ao século XVIII, o direito assume um papel de grande importância na sociedade, sendo atribuído o papel de estruturação e regência das formas de Estado. Assim, há uma queda dos “superpoderes” dos governantes, marcados por exemplo pelo Absolutismo, em que o Estado tem total interferência no cotidiano das pessoas e entra em cena as ideias liberais, com a defesa de que o Estado deve intervir o mínimo possível na vida das pessoas.

Deste modo, o direito assume um poder de limitar o Estado, regendo a política, tudo isso respaldado em uma Carta Magna, como forma de elucidar melhores informações, Cezar Saldanha Souza Júnior (2002, p. 104) afirma:

Nessa segunda fase, a Constituição já é direito, mas é, ainda, um direito político, não um direito plenamente jurídico. Com isso se quer dizer duas coisas. Primeiro e principalmente, que a constituição, embora direito, carece de força normativa própria, carece de instrumentação, carece de uma jurisdição, que assegure a sua eficácia jurídica. A produção dos efeitos esperados das normas constitucionais dependia, basicamente, do fair play, do cavalheirismo e da boa vontade, dos protagonistas e das forças políticas envolvidas. E, segundo, decorrência da anterior, a constituição era simplesmente a lei da vida política em sentido estrito, não um sobre-direito, não a lei suprema de todo o ordenamento jurídico.

Aviando os pensamentos construídos com base na história e as três fases do constitucionalismo, se tem como último ideal um pensamento de que as normas que regem o Estado são baluartes de garantias individuais, preceito este presente no mundo jurídico desde o ano de 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, a título de elucidar ainda mais tal pensamento temos em seu art. 6º:

“Art. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”

Art. 6º- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Como forma de buscar demonstrar a grande importância dessas normas, Kelsen, cria a “Teoria Pura do Direito”, trazendo o conceito de hierarquia

normativa da norma, se baseando em um triangulo, em que seu cume temos a Carta Magna dos Estados, como um simbolismo de que todo o restante está regido pela mesma.

Um marco para a história do controle de constitucionalidade foi datado no século XIX, no caso Norte-americano, *Marbury vs. Madison*, em que teve a sentença do Juiz Marshall como histórica.

No século XX, o mundo passou por atrocidades e cenários lamentáveis oriundos das guerras mundiais, no entanto, com o surgimento desses cenários despertou a necessidade de lembrar o que foi apresentado ao mundo jurídico, conforme consta no parágrafo anterior, tendo em vista que não é porque algo está na norma que ela se faz legítima.

Inúmeros crimes de guerra aconteceram respaldados em uma suposta legalidade das normas, assim houve a necessidade de haver um controle de constitucionalidade efetivo das leis.

Assim temos que para que haja uma democracia de fato, deve haver instrumentos estes consolidados e efetivos para assegurar que um controle das normas possa ser feito da maneira correta.

Desta forma, cada país este que se considere democrático, adota algum tipo de controle de constitucionalidade, a serem tratados adiante algumas dessas formas, sendo divididos em Controle difuso, concentrado e híbrido ou misto.

## **2.1 Controle Difuso de Constitucionalidade**

Conforme dilucidado anteriormente, o controle de constitucionalidade teve seu surgimento no *leading case* Norte-americano, *Marbury vs. Madison*, em que ocorreu o surgimento do controle difuso de constitucionalidade, ou também conhecido como incidental ou concreto.

Desta forma, esse controle simboliza que os atos e poderes do Estado podem sofrer controle de constitucionalidade por qualquer tribunal ou juiz, não necessitando ser apenas único e exclusivamente feito pela Suprema Corte.

Com o intuito de elucidar sobre a forma de controle supramencionado, Clémerson Merlin Cléve menciona que:

“Em um primeiro lugar, diz-se que é difuso ou aberto porque todos os juízes e tribunais têm competência para negar a aplicação de uma lei inconstitucional em um caso concreto submetido à sua apreciação, levando em consideração os precedentes vinculantes. E subjetivo ou concreto, porque busca a realização de direitos subjetivos, violados por uma lei inconstitucional, sempre num caso concreto submetido à apreciação judicial. E por via de exceção ou defesa, porque as partes se utilizam da questão constitucional como fundamento de sua pretensão jurídica. A decisão judicial, que declara incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, não a expulsa da ordem jurídica, mas afasta a sua incidência naquele caso concreto.”<sup>2</sup>

Não obstante, mencionando sobre a importância do *leading case* que marca o início do controle de constitucionalidade, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes diz:

“Esse modelo de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury vs. Madison*, de 1.803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma - reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.”<sup>3</sup>

Seguindo o preceito de que todo e qualquer juiz, independente de sua instância deve arguir no que tange ao controle de constitucionalidade, caso em que ao se deparar com uma norma que seja incompatível, que afronte a ordem constitucional, deverá preponderar a ordem constitucional afastando assim, por meio de sua apreciação, a incidência da mesma.

Com o entendimento de que esse controle deve ser estendido as demais partes do processo, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino consolidam:

“Como o controle de constitucionalidade incidental dá-se no curso de uma ação submetida à apreciação do Poder Judiciário, todos os intervenientes no processo poderão provocar o órgão jurisdicional para que declare a inconstitucionalidade da norma no caso concreto.

Dessa forma, tem legitimidade para iniciar o controle de constitucionalidade concreto: as partes do processo, os eventuais terceiros admitidos como

---

<sup>2</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.014. Página(s) 656

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.015. Página(s) 1.050.

intervenientes no processo e o representante do Ministério Público que officie no feito, como fiscal da lei (*custos legis*).

Ademais, o juiz ou tribunal, de ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto, já que esses têm por poder-dever a defesa da Constituição.

Note-se que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto não está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que estes não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional.”<sup>4</sup>

Destarte a importância de se salientar os efeitos e os reflexos da decisão em que o controle difuso é utilizado. Desta forma, por se tratar de uma análise, feita pelo magistrado, dentro do processo, se atem ao caso concreto, ou seja, o efeito da mesma ocorre *inter partes*, atingindo apenas as partes do processo.

Situando no quesito controle e sua forma prática de utilização, Ivo Dantas nos indigita:

“Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, poder ser arguida em qualquer grau ou juízo.”<sup>5</sup>

Visando a proteção dos direitos subjetivos, mediante o controle incidental, Nathalia Masson discorre:

“Desta forma, pode-se concluir que no controle difuso o intuito central do processo não é o de tutelar a ordem constitucional objetiva, ao contrário, a finalidade é proteger direitos subjetivos afetados pela norma que se pretende impugnar, é dirimir a controvérsia jurídica exposta na lide na defesa de direitos subjetivos pertencentes às partes da relação jurídica. Por isso é possível afirmar que o sujeito que busca o Judiciário no controle difuso não tem como preocupação inicial a compatibilidade da lei com a Constituição, seu desejo primeiro não é o de proteger a higidez do ordenamento jurídico, evitando que existam na ordem normativa diplomas dissonantes com a Constituição; em verdade, seu objetivo é mais pragmático: tutelar

---

<sup>4</sup> PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Editora: Método, Rio de Janeiro, 2.015. Página(s) 814.

<sup>5</sup> DANTAS, Ivo. Novo processo constitucional brasileiro. Editora: Juruá, Curitiba, 2.010. Página(s) 177.

um direito concreto. Só que a tutela desse direito requer a apreciação prévia da constitucionalidade de uma norma.”<sup>6</sup>

Ressaltando a extensão da eficácia da coisa julgada dos processos em que incidem o controle incidental, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ainda nos trazem:

“A decisão só alcança as partes do processo porque no controle incidental o interessado, no curso de uma ação, requer a declaração da inconstitucionalidade da norma com a única pretensão de afastar a sua aplicação ao caso concreto. Logo, é somente para as partes que integram o caso concreto que o juízo estará decidindo, constituindo a sua decisão uma resposta à pretensão daquele que arguiu a inconstitucionalidade.

Com isso, a pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. Em relação a terceiros, não participantes da lide, a lei continuará a ser aplicada, integralmente, ainda que supostamente esses terceiros se encontram em situação jurídica semelhante à das pessoas que foram parte na ação em que foi declarada a inconstitucionalidade.

Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi suscitado o incidente de constitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo. Quer provenha a decisão dos juízes de primeira instância, quer emane do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outro tribunal do Poder Judiciário, sua eficácia será apenas *inter partes*.<sup>7</sup>

Vale ressaltar que alguns países adotam o sistema de controle difuso como única forma de ter uma segurança para que a norma hierárquica não seja violada, no entanto, em contrapartida existem também aqueles que utilizam em conjunto outras formas e medidas que visam a proteção e o controle das normas, essa conjuntura está atrelada ao controle concentrado de constitucionalidade.

## 2.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

Partindo da premissa arguida pelo jurista português Canotilho no que tange que o controle de constitucionalidade incide sobre atos oriundos do Poder Público, não podendo ser utilizados contra atos cuja natureza seja privada, temos:

---

<sup>6</sup> MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Editora: JusPODIVM, Salvador, 2.016. Página(s) 1.075.

<sup>7</sup> PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Editora: Método, Rio de Janeiro, 2.015. Página(s) 824.

“(...) são actos ilícitos, susceptíveis, como tais, de impugnação judicial, mas não de controle de constitucionalidade (...)”<sup>8</sup>.

A idealização do controle feito única e exclusivamente pelo Tribunal Constitucional teve como sua origem a Constituição da Primeira República Austríaca, devendo assim ser levado como superioridade a Constituição e seus preceitos e os atos e leis normativas que estivessem em contraste com ela, deveriam ser anulados.

As grandes influências da Revolução Francesa contribuíram para o surgimento do controle concentrado, bem como os ideais trazidos por Hans Kelsen.

A ideia de Separação dos Poderes ou *Trias Política*, trazem a necessidade de que para que haja uma efetividade do controle de constitucionalidade, garantindo assim segurança jurídica, submeter ao Estado essa obrigação de controle, principalmente a um vínculo do próprio legislativo, este responsável pela criação das leis e atos, não iria cumprir sua real intenção e objetivo. Desta forma, tem-se a criação dos Tribunais Constitucionais.

Mesmo com forte influência de Kelsen, o ideal foi aduzido por Emmanuel Joseph Sieyès, antecedendo o século XIX, por meio desta o atual Ministro da Suprema Corte brasileira, Luís Roberto Barroso esclarece:

Coube a Sieyès propor ao constituinte de 1.795 a criação de um jurie constitutionnaire, composto por 180 membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. A ideia foi rejeitada. Com a Constituição do Ano VII, foi criado o Sénat Conservateur, com 80 membros, nomeados por ou sob influência de Napoleão, e que foi um “corpo sem vida” (Raul Machado Horta, Curso de direito constitucional, 2.003, em afirmação baseada em Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et compare, v.1, 1.921, p. 597). Após a Segunda Guerra Mundial, com a Constituição de 1.946, foi criado o Comité Constitutionnel, composto pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da Republica, sete membros indicados pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da Republica. Sua função era dizer se uma lei votada pela Assembleia Nacional exigis uma revisão da Constituição.<sup>9</sup>

Acerca de se ter um órgão autônomo para o efetivo controle, Kelsen afirma:

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Gomes. Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed., Saraiva, 4º vol., tomo III. Página(s) 133.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.009. Página(s) 42.

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquele a quem a Constituição confia - na totalidade ou em parte - o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.<sup>10</sup>

Sem embargo, por mais que o surgimento do controle concentrado tenha sido com o advento da Constituição Austríaca, sua real eficácia e aplicabilidade veio somente após o término da Segunda Guerra Mundial, visto que as grandes atrocidades oriundas de ideologias fascistas, nacional-socialista foram respaldadas em leis e atos normativos, desta forma se vendo a necessidade de se haver um controle autônomo e que desempenhe de maneira efetiva esse controle. Assim o jurista Alexandre de Moraes argui:

No entanto, a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorreu após a constatação de verdadeira crise na democracia representativa e do conseqüente distanciamento entre a vontade popular e as emanções dos órgãos legislativos, duramente sentida durante o período nazista. A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliou na criação do Estado Totalitário alemão, sem que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do judicial review pela Lei Fundamental alemã de 1.949.<sup>11</sup>

Ao se analisar o ordenamento jurídico brasileiro, temos que o controle concentrado tem como seu exercício feito através do órgão autônomo, sendo ele o Supremo Tribunal Federal, tendo quatro possibilidades: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, desta forma, ao contrário do controle ditado anteriormente, aqui há uma incidência das decisões cuja eficácia se torna *erga omnes*.

Por meio desta, a professora Flávia Bahia acentua:

---

<sup>10</sup> Kelsen, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.007. Página(s) 240.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora: Atlas, São Paulo, 2.016. Página(s): 1.124-1.125.

As ações do controle concentrado, anteriormente indicadas, possuem algumas características comuns, ora relacionadas:

- Ausência de lide, já que não há caso concreto a ser decidido pelo judiciário;
- Todas as ações objetivas visam preservar a supremacia da CRFB/88;
- Nenhuma das ações admite desistência, para o ajuizamento;
- Não há prazo, prescricional ou decadencial, para o ajuizamento;
- Não se admite intervenção de terceiros;
- O rol de legitimados é restrito (art. 103, I a IX da CRFB/88);

O STF não está preso à congruência, adstrição e correlação. Pode entender pela inconstitucionalidade de dispositivos correlatos aos impugnados, não mencionados expressamente, ou seja, pela teoria da inconstitucionalidade por arrastamento (da adstrição ou da reverberação normativa) é possível declarar a inconstitucionalidade de dispositivos não impugnados na peça inicial mas com eles relacionados;

Todas as decisões do STF produzem efeitos subjetivos erga omnes.

Não há verdadeiro contraditório e ampla defesa, já que não importa a opinião do legislador, que editou a lei.

Não cabe recurso ou ajuizamento de ação rescisório.<sup>12</sup>

Vale destacar, que o tópico está presente em inúmeros Estados de forma em que há um controle conjunto com o controle de constitucionalidade difuso, este elucidado no subtópico anterior, não sendo apenas na Áustria. No entanto, existe uma junção dos elementos contidos nos dois controles já apresentados sendo originado o controle híbrido ou misto de constitucionalidade a ser elucidado logo após.

### **2.3 Controle Híbrido ou Misto de Constitucionalidade**

Como relatado no tópico anterior, através de uma junção de elementos, características contidas nos dois elementos supracitados, controle difuso e concentrado, surge o Controle Híbrido de Constitucionalidade.

Desta forma, houve uma junção das ideias de se constituir um Tribunal Constitucional, este que para que possa fazer valer o seu exercício dependa de medidas, ou seja, depende ser provocado por meio de ações já expostas anteriormente, mas também defende a ideia de que o restante do judiciário também deve ter formas para participar desse controle.

Vale ressaltar que no Brasil essa forma de controle está contida desde a primeira Constituição republicana de 1891 e está presente até os dias atuais com a Constituição Cidadã de 1988.

---

<sup>12</sup> BAHIA, Flávia. Direito Constitucional. Editora: Armador, Recife, 2.017. Página(s) 375.

A respeito da junção dos modelos de controle, o jurista Gilmar Ferreira Mendes conceitua:

[...] o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula - Tribunal Supremo ou Corte Constitucional - a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva) , da competência do Supremo Tribunal Federal.<sup>13</sup>

Ademais, mesmo não sendo foco desta obra, deve-se expor a ideia de que o legislador pátrio cometeu um erro ao realizar Constituição Federal de 1988, hoje temos os dois controles atuando em território pátrio, pairando na ideia de que caso o controle incida sobre questões relacionadas a recursos, devemos ter um controle *inter partes*, ou seja, incide apenas sobre as partes que compõem aquela lide, enquanto se tratar de maneira abstrata irá possuir uma eficácia *erga omnes*, para todos.

Assim, para evitar os problemas gerados por essas diferenças, poderia ter sido adotado o modelo Europeu, este que divide através de um parlamentarismo o governo do Estado.

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.015. Página(s): 1.049.

### 3. A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Antes de ser feita uma análise acerca dos aspectos, características e principalmente da importância do Poder Constituinte, se deve perscrutar sobre a base e objetivo buscado por esse Poder.

Deste modo, o estudo sobre a Constituição e seus aspectos se mostra inevitável.

Sobre os ditames do nobre jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, temos como entendimento do que é Constituição: “o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e os limites da sua ação”<sup>14</sup>.

Por meio dessa, pode ser definido que a Constituição seria a vigência máxima de um país, em que todas as suas funções, organizações, modos de estrutura, diretrizes, estão regidos e presentes em seus decisórios.

A sua importância alcança um patamar de Lei Fundamental do Estado, sendo considerada como uma Lei em que o povo impõe, devendo ser seguida por todos, aprovados pela maioria, e assim, evitam práticas abusivas, inclusive de despotismo por parte dos governantes, logrando uma maior segurança jurídica, garantindo a ordem e estrutura estatal.

Destarte que o tópico mencionado anteriormente aduz a importância de se entender o real significado de Constituição, para que posteriormente possa vir a ser tratado o fenômeno denominado: Constitucionalismo Abusivo, irá vir a ser tratado posteriormente.

A Constituição pode ser analisada em três sentidos, *a priori*, sendo o sentido sociológico, político e jurídico.

Ao se analisar o primeiro sentido elencado anteriormente, se tem como um grande influenciador e representante o teórico social-democrata e político Ferdinand Lassalle, que trouxe em 1862 uma clássica obra, em que em seus versos alega uma ideia de que a Constituição pode ser uma representação do efetivo poder

---

<sup>14</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves,urso de Direito Constitucional, 27ª edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 10-15.

social, assumindo aqui, segundo ele, uma ideia de legitimidade ou pode ser uma forma de se distanciar desse efetivo, assumindo assim um papel de ilegítima.

Os estudiosos que visam analisar o Direito sob esse olhar sociológico, fazem uma distinção do direito real, esse relacionado com a detenção e exercício do poder com o instrumento formal, enraizado na Constituição.

Diante do segundo sentido, trazido pelo teórico Ferdinand, existem distinções acerca da distinção entre Constituição e lei constitucional, por meio desse prisma José Afonso da Silva argumenta que: “a concepção política da Constituição revela certa faceta do sociologismo, segundo a formulação de Carl Schmitt, que a considera como decisão política fundamental”.<sup>15</sup>

Como exposto anteriormente, Carl Schmitt faz uma distinção entre os dois institutos supracitados, explicando que Constituição é uma espécie de decisão, esta sendo rígida acerca das formas em que se constituem a existência da forma política. Enquanto que a lei é uma forma em que o poder constituinte se manifesta para poder dizer qual seria a sua vontade, sua formação do estado, alicerces, estrutura, sendo assim, todos estes oriundos de uma decisão política.

Ou seja, o conteúdo presente na Constituição está ligado as formas em que o Estado é organizado, divisão de governo, meios de governar, direitos dos cidadãos. Embora todas essas coisas estejam presentes dentro da Carta Magna, elas são Leis Constitucionais.

Assim, vale frisar que, para Schmitt a fundamentação da Constituição, ou seja, a sua validade, estaria ligada a uma decisão política feita anteriormente, não através de sua forma jurídica.

Para que possa haver uma melhor elucidação acerca dos fatos, podemos acreditar que Constituição material e formal são semelhantes as ideias apresentadas até o momento, mas ainda assim merecem ser melhor abordados as suas características.

Constituição material estaria ligada ao que, para o filósofo jurídico, seria o conteúdo próprio da Constituição. Enquanto que as coisas que estão inseridas na Constituição, assumindo uma forma constitucional seria a lei constitucional.

Passando a se tratar do último sentido da Constituição, temos ela e seu sentido jurídico.

---

<sup>15</sup>Aplicabilidade das Normas Constitucionais; p. 26.

O pesquisador que faz frente a essa concepção é Hans Kelsen, em que ao se debruçar buscando responder o que seria a Constituição, faz uma análise ampla sobre questões como: o que é o Direito. Tenta demonstrar qual seria a diferença entre direito e as demais ciências existentes, sociais ou naturais e enfatiza que o Jurista não deve, não necessita se respaldar em sociologia ou pela política para que a Constituição possa ser sustentada, sendo ela garantida através do plano jurídico.

Deste modo, o jurista deve se esquadrihar em buscar alternativas, soluções sobre seus conflitos diante da norma, buscando respaldo Constitucional para os seus atos.

Por conseguinte, a teoria kelseniana se divide na análise preliminar do “ser” e do “dever-ser”. Aquela conectada ao natural, as leis naturais em que por mais que o homem tente mudá-las, sua mudança ocorre de maneira natural, através de atos que geram consequências, por exemplo se chover a terra ficará molhada, este é consequência daquele. No “dever-ser” temos os ideais do homem em que se visa suas ideias e faz com que as coisas ocorram de acordo com a sua vontade.

Uma ideia estaria ligada a outra, somente graças a concepções antecedentes, estas oriundas do “ser” (Moral, Ética e o próprio Direito), fazem com que seja possível a criação com o que o homem quiser, “dever-ser”, ou seja, graças a concepções pré-estabelecidas, o homem pode por meio de suas ideias e sentimentos – aqui vale ressaltar ideias como a de qual tipo de consequência um ato específico irá gerar, exemplo, qual seria a reprovação social em que seria ocasionada por este ato em específico - criar consequentes diversos, como a concepção do que seria crime para uma sociedade em específico, pode não para outra.

### **3.1 A Origem da concepção de Poder Constituinte**

No século XVIII, mais especificamente entre os anos de 1789 e 1790, ocorreu na França um importantíssimo ciclo revolucionário, sendo chamada de Revolução Francesa.

Essa ruptura da estrutura estatal da época marcou o fim dos privilégios da aristocracia, ou seja, o fim do absolutismo. A sociedade a época enfrentava uma

situação extremamente precária, forte crise instaurada no país, direitos sociais e suas liberdades extremamente reprimidas pelos governantes, inclusive pelo próprio clero.

Anteriormente predominava ideias de um Direito Natural, ou jusnaturalismo, em que se havia uma ideia de que as leis seriam oriundas de Deus e da natureza, estas devendo ser seguidas pelos homens. Os “líderes” da sociedade a época eram considerados escolhidos de Deus.

Deste modo, visando uma transição, questionando os dogmas estabelecidos principalmente pelo Clero, filósofos como Hugo Crócio, Samuel Pufendorf, Francisco Suárez, Thomas Hobbes, John Locke, Rudolf Stammler e Francisco de Vitória fizeram com que a transição dessa forma arcaica de encarar as leis e ordenamentos pudesse a vir ser rompida, saindo de algo natural e sendo algo voltado a ciência.

Vale destacar que no Século XVI houve a idealização de que as fontes do direito são feitas através das escrituras.

Assim inspirados pela busca de embasamentos, não simplesmente por conta da natureza ou porque Deus assim determinou, mas sim voltado para uma razão científica e humana.

Como forma de colocar em xeque as afirmações anteriormente tidas como verdade, há uma frase em que Hugo Crócio aduz: “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas”.<sup>16</sup>

Buscando formas de entender o tipo de raciocínio vigente a época e demonstrar que o mesmo seria algo errôneo, Crócio ainda profere que, “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”, esse pensamento só foi possível, tendo em vista que o filósofo buscava se basear em grandes matemáticos, como por exemplo Aristóteles.

Samuel Pufendorf passou a seguir os pensamentos proferidos por Crócio, mas para ele o direito natural era algo criado por Deus e ele inseriu esses pensamentos na humanidade, como pode ser visto em trecho de seu próprio livro:

Quoique la souveraineté résulte immédiatement des conventions humaines, cela n’empêche pas, souligne-t-il, que pour la rendre plus sacré et plus

---

<sup>16</sup> NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pag. 368

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.<sup>17</sup>

Assim, por meio dessa, fica nítido que Pufendorf tinha, *a priori*, uma ideia de que seria algo criado por Deus, mas passou a aderir ideia trazida por Hugo Crócio por achar que seria algo ultrapassado, propondo ideias matemáticas e raciocínios indutivos, podendo ser evidenciado a seguir:

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. Em 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.<sup>18</sup>

Com o advento das evoluções supracitadas, recaísse nos ideais propostos por John Locke, sendo um dos baluartes do contratualismo, trazendo um novo tipo de ótica sobre o tema debatido à época.

Para Locke, não existia leis inatas, elas existem e estão na natureza, mas também existem leis positivadas. Para as leis inatas, basta os seres humanos a conhece-la por intermédio da razão, assim tal menção fica evidente no livro do mensurado jurista brasileiro Norberto Bobbio, Locke e o Direito Natural:

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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).

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.<sup>19</sup>

Como forma de elucidar o raciocínio proposto, a divisão, organização social existente na França no período em que ocorrera a Revolução Francesa era dada de forma que existiam “três Estados”. Assim ao topo da “pirâmide” dessa organização social se tem o clero, seguido da nobreza, aqui seria o local organizacional em que o Rei deposto Luís XVI se encontrava. Neste ponto se encerra as classes privilegiadas, tendo como a base da pirâmide, assumindo o último lugar no Estado o povo, ou seja, todo o resto da população que pertencia a sociedade francesa.

No entanto, a importância dessa revolução para a história seria a evolução e a universalização dos direitos sociais e das liberdades individuais.

Por meio da Revolução Francesa, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, também sendo fator crucial para a existência nos tempos modernos de possibilidade de representatividade popular frente ao Estado – sistema republicano - em que através de suas escolhas, a população pode escolher quem está a frente do Estado, chamada de democracia representativa, por meio dessas importantíssimas mudanças e sua grande contribuição para a história, Eric Hobsbawm conceitua:

[...] a França que fez suas revoluções e a elas deu suas ideias, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de todas as nações emergentes [...]. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário do nacionalismo. [...] A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às ideias europeias inicialmente através da influência francesa. Essa foi a obra da Revolução Francesa.<sup>20</sup>

Assim, baseado nos ideais intrínsecos na Revolução Francesa, ocorre a idealização e construção teórica do chamado Poder Constituinte, tendo como seu idealizador o *abbatis* (abade) francês Emmanuel Joseph Sieyés.

---

<sup>19</sup> Bobbio, Locke e o Direito Natural, 1997, p. 145.

<sup>20</sup> "HOBBSAWM, Eric. A Era das Revoluções: 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 98."

Como fora mencionado, os ideais que a Revolução Francesa apresentou foi o dever de democracia, de representatividade do povo.

Baseado nesse princípio, Sayes, tinha como concepção que a finalidade de uma Assembleia representativa de uma nação, seria a forma caso a sociedade se fizesse presente, como um todo, e pudesse deliberar. Não se fazendo minimamente lógico a ideologia de que os presentes na Assembleia representativa, poderiam tratar de assuntos particulares, focados em uma pessoa ou até mesmo de um deliberado grupo de pessoas em específico.<sup>21</sup>

Deveras, a importância do sentimento de sociedade, de preceitos democráticos, estes que são mártires de grande parte das sociedades presentes no século XXI.

Sobre o sentimento de deveres democráticos, o ex-ministro da Justiça da França, entre 1941 à 1943, Joseph Barthélemy, proferiu uma sábia frase de que, mesmo que havendo críticas, tendo em vista que a sociedade, de maneira geral já crítica e duvida de tudo, no entanto, muitas se fazem desnecessárias e sem nenhum real significado ou importância a ponto de assentar como vão. Conforme consta em frase do ex-ministro da Justiça da França, em seu trabalho "*La Compétence dans la Démocratie*", presente no livro *Revolução e Poder Constituinte* de José Carlos Tosei Barrufini<sup>22</sup>:

Uma atração profunda, misteriosa, irresistível, poderosa e fatal como uma força da natureza encaminha os povos para a democracia... Pode-se criticar o movimento democrático, mas deve-se levar em conta que isso constitui um trabalho tão vão como o de criticar o curso das estações ou a atração dos astros.

Deste modo há de se existir formas para que a defesa desse direito e a garantia de que a vontade do coletivo, da sociedade, seja mantida, respeitada e protegida.

---

<sup>21</sup> SIÉYES, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. (Qui est-ce que le tiers Etat) organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Editora Líber Juris, 1986, pg. 141-142.

<sup>22</sup> BARRUFINI, José Carlos Tosei. *Revolução e Poder Constituinte*, Editora Rev. Dos Tribunais, São Paulo, 1976.

### 3.2. Poder Constituinte Originário

Como mencionado anteriormente, com a Revolução Francesa houve uma ruptura do sistema e criação de um novo sistema.

O Poder Constituinte Originário se baseia justamente na pretensão que fora buscada na Revolução Francesa, possuindo algumas características que garante total liberdade na criação de normas e estruturas estatais, sendo elas: inicial, por se tratar de uma nova ordem jurídica. Ilimitada, visto que qualquer norma, limite, restrição que era vigente no ordenamento anterior, aqui não há mais o que se valer disso, pode ser criado tudo sem qualquer tipo de restrição. Autônoma, visto que somente cabe a esse poder constituir, criar, estruturar a nova Constituição. Por fim, se tem a ideia de ser incondicionado e permanente, ela não se submete a nenhuma elaboração que seja predeterminada e assim, mesmo constituída a nova Constituição, não há o que se falar em restrição para a criação futura de uma eventual nova Constituição posterior.

No Brasil, por exemplo, o símbolo máximo que representou a ruptura de um ciclo em que há uma transição das épocas em que o país passava pela Ditadura Militar, para uma nova república, influenciados pelo movimento Diretas Já.

Na Constituição de 1988, baseado nos ideais de Rousseau, o poder constituinte que originou a Constituição Cidadã, logo em seus primeiros artigos buscou fazer com que houvesse as formas de Estado e de Governo, presentes no art. 1º, a separação dos poderes seguindo os ideias da *Trias Política*, art. 2º. Quanto aos princípios democráticos, podem ser vislumbrados no art. 1º parágrafo único e também os direitos e garantias individuais, estas no art. 5º, buscando que através de tais instrumentos, promovendo a sociopolítica dos seres, houve uma garantia maior da coletividade.

Por meio desta, fica nítido as ideias de contrato social, idealizados por Jean-Jacques Rousseau, devendo os seus profundos e valorosos estudos acerca das garantias que servem como baluartes em todo e qualquer Estado que se declare: Estado Democrático de Direito.

Deste modo, temos como os símbolos de maior influência tidos por Rousseau a liberdade, a igualdade e a soberania no que tangem ao povo.

Vale ressaltar que os próprios dizeres da Constituição em seu preâmbulo há direta menção ao que fora dito anteriormente:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte **para instituir um Estado Democrático**, destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>23</sup> (grifo nosso)

À face do exposto, ações que façam com que haja maiores igualdades entre todos os seres são extremamente fundamentais, tendo em vista que somente por este intermédio os prefeitos ultrapassam o formalismo e a liberdade é um canal em que abre caminho as pessoas a participarem das decisões políticas, podendo opinar e participar do futuro da nação (BRANCO; COELHO; MENDES, 2008).

Sobre o enfoque de uma perspectiva objetiva, não se pode deixar de mencionar que existem pensadores que acreditam que as Assembleias Constituintes não poderiam criar normas de longínqua a realidade de seu povo, sem corresponder com questões jurídicas, culturais da sociedade em questão, de forma injustificada.

Um dos grandes expoentes desse pensamento é o jurista José Joaquim Gomes Canotilho.

### 3.3. Poder Constituinte Derivado

A função do Poder Constituinte Derivado não seria a ruptura da Magna Carta do país, mas sim na possibilidade de se fazer alterações, de acordo com a necessidade, na Constituição oriunda do Poder Constituinte Originário, pelo fato de que, há mudanças de conceitos, pensamentos, culturas com o decorrer do tempo nas sociedades.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Acerca dos fatos arguidos anteriormente, o nobre jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho transmite:

Embora grupo constituinte algum cuide de preparar a substituição da ideia de direito que incita a agir, a experiência faz prever a necessidade futura de alterações ou complementações no texto que edita. Por isso é que dispõe sobre a revisão da Constituição, atribuindo a um poder constituído o direito de emendá-la. Esse poder instituído goza de um Poder Constituinte Derivado do originário. Sua Modalidade principal é o poder de modificar formalmente a Constituição.<sup>24</sup>

Ainda acerca das possibilidades de se modificar uma Constituição, Michel Temer salienta que:

As Constituições se pretendem eternas, mas não imodificáveis. Daí a competência atribuída a um dos órgãos do poder para a modificação constitucional, com vistas a adaptar preceitos da ordem jurídica a novas realidades fáticas. Pode-se até questionar sobre a adequada rotulação: se *poder constituinte ou competência reformadora*. É certo que, por força da reforma, criam-se normas constitucionais. Já agora, entretanto, a produção dessa normatividade não é emanação direta da soberania popular, mas indireta, como também ocorre no caso da formulação da normatividade secundária (leis, decretos, sentenças judiciais). No caso da edição de lei, por exemplo, também há derivação indireta da soberania popular. Nem por isso se aludirá a um "Poder Constituinte Originário".<sup>25</sup>

Contudo, se pode concluir que o Poder Constituinte Derivado possui três variações de situações em que pode ser vislumbrado tal instituto.

Dessarte, que para que haja uma melhor explanação dos fatos, se passará a discorrer sobre tais variações a oito.

### **3.3.1. Poder Constituinte Derivado Reformador**

No Estado Democrático de Direito, se fez necessário que fossem criados mecanismos para que o povo pudesse fazer com que suas ideias, intenções e propostas pudessem vigorar.

---

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 27ª edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>25</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, Brasil, Pc Editorias Ltda., 2000, pg. 34/35.

Contudo, não seria viável se para que alguma alteração ou implementação pudesse ser feita tivessem que ser ouvidos um por um, nunca se chegaria a um consenso e mesmo que se, em um caso hipotético, isso ocorresse, o tempo não seria nenhum pouco viável, por conta da excessiva demora.

Deste modo, existem formas que podem ser manifestadas como indignações através de emendas constitucionais e através de promulgações de tratados de Direitos Humanos, estes após a emenda 45 assumiram caráter de emenda constitucional.

Enquanto o Poder Originário que pode ser considerado poder de fato, o Poder reformador assume um poder como forma jurídica.<sup>26</sup>

Assim, a titularidade de poder exercer seus poderes é algo que emana do povo, buscando formas de efetivar isso, o Constituinte, no Brasil, criou uma representação feita pelo Congresso Nacional, tipificada no art. 60 da Magna Carta.

Por meio desta, pode-se dividir em três características desse poder tratado por hora, sendo elas: Caráter subordinado, visto que retira a força de alteração, que até então se remetia ao Poder Originário. Caráter Limitado, tendo em vista que, em virtude da Constituição vigente passou a ter certos limites de atuação. Por fim, assume um caráter condicionado, tendo como regras e limites a serem seguidos.

Vale ressaltar que esse poder por meio de garantir uma maior segurança jurídica, determina meios de limitações dessas referidas mudanças, sendo prolatadas *a posteriori*.

**3.3.1.1.** Quanto ao poder de iniciar uma alteração, ou seja, iniciativa de proposta, tem-se que respeitar normas elencadas em que, há especificado quem, quando e como pode apresentar o projeto para que o texto constitucional possa vir a ser alterado.

Por conseguinte, para que pudesse vir a ser feito tais proposituras, a Constituição traz meios que especificam o que deve ser feito emendas constitucionais, mais especificamente em seu art. 60, I a III, se tem<sup>27</sup>:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;  
II - do Presidente da República;

---

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p.173.

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

**3.3.1.2.** Após a análise de quem pode propor, se deve analisar as condições em que devem ser discutido tais propostas e como elas devem ser votadas para que ocorra uma eventual alteração.

Deste modo o próprio código pátrio estipula como isso deve ser feito e as suas respectivas etapas, vide art. 60, §2º, sendo elas:

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

**3.3.1.3.** Assim, pondo fim a esta intenção de alteração do texto Constitucional, se tem a possibilidade, caso tenha cumprido o pré-requisito citado anteriormente, de ocorrer a promulgação do fato.

A promulgação deve ocorrer pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo sua ordem de acordo com onde iniciou a propositura de alteração.

Se faz necessário a menção que, existem limites a serem ponderados quanto a extensão em que tais alterações podem vir a modificar o texto constitucional, feito isso passará a se discorrer, brevemente sobre os mesmos:

a) limite material, este correlacionado com a proibição de ser proposto matérias que visam alterar, cláusulas pétreas e meios que visam alterar a forma federativa do estado e que comprometam a separação dos poderes e garantias constitucionais, todas elencadas no rol do art. 60, § 4º da Magna Carta, como pode-se apreciar<sup>28</sup>:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;  
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III - a separação dos Poderes;  
IV - os direitos e garantias individuais.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

b) Temos os limites que são chamados de limite circunstancial, que são alterações previstas constitucionalmente que preveem mudanças em situações que o Estado esteja passando, como Estado de Sítio, de defesa ou até mesmo o caso de intervenção federal, esse último tendo como situação enfrentada no ano de 2018 em que o Estado do Rio de Janeiro sofreu intervenção do Governo Federal.

Tais possibilidades podem ser feitas com fulcro no art. 60º, § 1º da Constituição Federal vigente, como se tem:

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

c) Como forma de evitar que a mesma matéria, já rejeitada, seja tratada reiteradas vezes, o Constituinte propôs que a matéria, emenda constitucional, que for rejeitada ou que tenha sido prejudicada, não pode ser tratada por uma nova proposta feita até que haja outra sessão legislativa, vide art. 60, § 5º da Constituição Federal, como pode ser visto:

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

### **3.3.2. Poder Constituinte Derivado Revisor ou Revisional**

Com o advento da Magna Carta em 1988, visando uma maior efetividade de suas normas, em sua promulgação, prevê no Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 3º, a obrigatoriedade de ser feita pelo Congresso Nacional uma revisão constitucional passados 5 anos da promulgação.

Vale frisar que sua eficácia se faz exaurível, sendo feita em 1993 e tendo no seu ato seis emendas de revisão.

Feito isso, as alterações somente podem ser feitas por forma de emenda, usando o poder reformador.

Ao se fazer uma análise sobre as inúmeras correntes doutrinárias sobre o tópico, o jurista Michel Temer, expõe que:

Registramos, contudo, a existência de várias correntes doutrinárias sobre essa matéria. Uma delas sustentava a ilimitação da competência revisora (José Afonso Silva); outra sustentou limitação maior: que a revisão somente seria admitida se o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT modificasse a forma ou o sistema de governo (Geraldo Ataliba e Paulo Bonavides, o que não ocorreu.<sup>29</sup>

Assim há de se discorrer sobre as variações das possíveis teorias das modificações constitucionais.

### 3.3.3. Poder Constituinte Derivado Decorrente

Pelo fato de o Brasil conter uma grandiosa extensão ser um Estado Federativo, existem formas que garantem uma certa e limitada autonomia para que cada estado-membro possa legislar matérias de acordo com a sua realidade.

Salienta-se que deve ser respeitado a supremacia constitucional e que tais normas criadas pelos estados-membros não sejam conflitantes com a Magna Carta.

Assim, com o advento da CF em 1988 houve a previsão de que no prazo de um ano deveria ser criados poderes constituintes estaduais para que pudessem enfatizar a criação de norma vigente em cada estado.

Contudo, tal previsão não abrange o Distrito Federal que possui norma específica, esta estipulada no art. 32 da Constituição, como observa-se<sup>30</sup>:

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

§ 2º A eleição do Governador e do Vice-Governador, observadas as regras do art. 77, e dos Deputados Distritais coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual duração.

§ 3º Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.

§ 4º Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, da polícia civil, da polícia penal, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar.

<sup>29</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, Brasil, Pc Editorias Ltda., 2000, pg. 37.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Assim, a organização do Distrito Federal ocorre por meio de Leis Orgânicas, estas tendo como sistema para a sua aprovação dois turnos com intervalo de dez dias entre si e devendo ser aprovadas por dois terços da Câmara Legislativa.

#### 4. CONSTITUCIONALISMO

Assim como se faz necessário a análise sobre a evolução da sociedade, como dito inúmeras vezes *a priori*, se faz necessário uma construção histórica, afim de destrinchar as formas constitucionalismo e suas evoluções pelo mundo e também a concepção de seu significado.

O título principal do presente trabalho tem como objetivo a análise errônea e perigosa de preceitos e normas Constitucionais no Brasil e no mundo e o impacto do judiciário nessas relações.

Assim para que isso possa ocorrer, há de se entender o que é esse fenômeno denominado: constitucionalismo.

Buscando uma definição doutrinária, André Ramos Tavares nos aduz que:

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”.<sup>31</sup>

Deste modo, se passara a distinguir os conceitos, evoluções até que se chegue na concepção de Neoconstitucionalismo.

A criação do Constitucionalismo foi um fenômeno que percorreu todos os Estados existentes, tendo em vista que, graças a este importante fenômeno foi possível com que houvesse a evolução das Constituições e o avanço do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>31</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva – 10. ed. rev. e atual. – 2012. p. 23

A história teve como seu principal causador de mudanças, rupturas de sistemas definidos as revoltas populares.

Na grande maioria das vezes, eram formas de governo em que as pessoas menos abastadas eram mais reprimidas pelo Estado governante, gerando insatisfação e acabando em revoltas e revoluções.

Buscando uma definição acerca do tema, professor e jurista Luís Roberto Barroso conceitua o que seria esse fenômeno, sendo assim:

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.<sup>32</sup>

Desta forma, pode-se conceituar e concluir que o fenômeno supramencionado seria um sistema, com caráter político em que países que possuem uma Carta Magna como norteadores de seus princípios, regendo os fatos, formas e acontecimentos da sociedade.

Contudo, para Bulos, no tocante ao significado do termo constitucionalismo, existem dois sentidos, sendo eles:

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.<sup>33</sup>

A princípio, as duas possibilidades de sentidos do constitucionalismo, fica a cargo do direito o regulamento de tais normas e de todo o conceito de “certo” para que ocorra a vida em sociedade.

---

<sup>32</sup> Luís Roberto Barroso. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2020 p.32

<sup>33</sup> Uadi Lammêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional. 2014 p.60

Vale ressaltar, além da função do direito em regular tais normas, cabe a essa Constituição limitar os poderes Estatais, para que não ocorra a violação ou até mesmo prerrogativas individuais das pessoas que sejam alcançadas pela mesma.

#### **4.1. Origem do constitucionalismo**

Quando se fala de organização da sociedade, há de se remeter na ideia de que era necessário estabelecer normas, princípios norteadores que limitassem e regessem as relações *inter vivos*.

Deste modo, podemos nos remeter a épocas como o Estado hebreu, este em que se faz conhecido como a primeira aparição do surgimento de resquícios de um idealismo constitucional - através dos 10 mandamentos encabeçado por Moisés - posteriormente se passando pela antiga Grécia, poderosa Roma até se chegar em um dos grandes marcos evolucionais que foi a Inglaterra.

Ao destrinchar os períodos históricos, salienta-se que no período de antiguidade, o ser humano buscava basear seus conceitos, justificativas e até mesmo regências da sociedade.

Dessa forma, havia a crença da existência de seres mitológicos que regiam o funcionamento e organização da sociedade a época, como seu marco em civilizações marcadas pela origem dos povos, como por exemplo o antigo Egito, marcado pelo domínio dos Faraós, a Pérsia, Babilônia e o Estado Hebreu. Este sendo considerado como referência no que tange aos primeiros desenvolvimentos do constitucionalismo.

##### **4.1.1. Estado Hebreu**

Como dito anteriormente o Estado Hebreu foi um dos precursores e teve uma grande importância ao fenômeno do constitucionalismo.

Contudo, a intenção das leis, entabuladas por Moisés eram voltadas a tratar do assunto que os povos da época estavam pecando e assim se afastando de Deus e dos ensinamentos bíblicos. Serviam como forma de ensinamento para que pudessem alcançar a terra prometida.

Assim, diante das crenças do povo monoteísta que estava interligado a leis morais, Karl Loewenstein, em sua obra "*Teoría de la Constitución*", aduz:

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.<sup>34</sup>

No mais, ainda sobre o tópico, Marcelo Novelino nos traz:

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 as soluções dadas a conflitos semelhantes à semelhança do que ocorre atualmente com os precedentes judiciais.<sup>35</sup>

Desta forma, ao prosseguir feito as reflexões anteriormente mencionadas, fica claro que após as evoluções feitas pelo povo hebreu, a sociedade passou a ter leis, mesmo sendo produzidas inspiradas em preceitos religiosos, houve uma forte preocupação quanto a lei moral, fugindo aos poucos do modo de pensar

---

<sup>34</sup> 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 Egipto, 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."

<sup>35</sup> Livro Curso de direito constitucional / Marcelo Novelino. — 11. ed. rev., ampl. e atual. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.44

puro e teocrático, se tornando costumes, ou seja, espelhos da própria sociedade e gradativamente se evoluindo por meio de escritas cada vez mais frequentes.

#### 4.1.2. Grécia

A análise do período tratado por hora, teve inúmeras outras características evolutivas e suas primazias evoluídas, como pode ser vislumbrado na concepção feita em seu livro por Marcelino Novelino:

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.<sup>36</sup>

A grande evolução grega teve como seu destaque a grande variedade feita pela distribuição dos cidadãos na polis.

Deste modo, Karl prolata em seu livro que:

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.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> NOVELINO, op. cit, p. 51:

<sup>37</sup> 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

Por fim, a grandiosa evolução feita por intermédio das *polis gregas*, teve como o seu apogeu partes consideráveis de avanços a democracia.

Frente à época, a questão de igualdade entre, povo e governo se fazem como um dos poucos se não o único exemplo de povos antigos em que a evolução política estava afrente de seu tempo.

Deste modo, se pode dizer que pela primeira vez na história houve a idealização de que governantes e governados assumiam lugares, estes, igualmente distribuídos.

### 4.1.3. Roma

O apogeu evolucionar de inúmeras normas jurídicas ocorreu na antiga Roma.

Marcada por grandes imperadores como Júlio César ou o também filósofo e mestre de guerra Marco Aurélio, também teve sua enorme contribuição acerca da evolução constitucional da humanidade.

Pela primeira vez, surgiu a idealização do princípio dos freios e contrapesos, para garantir que um melhor funcionamento do Estado e harmonia entre suas instituições.

Vale lembrar que o período em questão se valia de uma época em que valores religiosos e os costumes possuíam um grande papel no tocante a leis e regras daquela sociedade, como aduz Loewenstein:

---

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.”

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.<sup>38</sup>

Assim, um dos grandes problemas enfrentados ao se analisar a época era a escassa quantidade de textos ou documentos escritos formalmente que serviam como meios para enquadrar a sociedade à época.

#### **4.1.4. Magna Carta Libertatum**

O surgimento dos ideais dos homens livres teve seu início como ponto de partida na Inglaterra, em 1215 pelo Rei João Sem Terra.

Sua fama de crueldade, com atitudes totalmente desprezíveis são lembradas até os dias modernos, reinou a Inglaterra por 16 anos e teve como grande marca cobranças abusivas e excessivas de impostos, dormia com as esposas dos Barões, fazia o que bem entendia, até mesmo o confisco de terras sob o argumento de que tal ato seria para a coroa. Tudo como uma forma punitiva.

Também se faz conhecido por ter perdido a guerra para a França.

---

<sup>38</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Segunda Edición, Barcelona, Caracas, México, Ariel, 1979. "A organização estatal republicana era um sistema político com complicados dispositivos de frenagem e freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político dos magistrados estabelecidos. Consistia em um amplo repertório de restrições mútuas: controles intra-órgãos, como a estrutura colegial das altas e superiores magistraturas; mandato anual e proibição de reeleição imediato. E os controles inter-órgãos que acoplam eficientemente os diferentes detentores do poder, como, por exemplo, a intervenção dos tribunos da plebe diante do comportamento ilegal dos demais tribuna e até dos mais altos magistrados; a participação do Senado — que, por outro lado, posteriormente tornou-se um verdadeiro centro de poder - na nomeação de funcionários e a solução completamente moderna do governo de crise na institucionalização do ditadura constitucional que se destinava basicamente apenas a determinados fins e invariavelmente por períodos limitados".

Mediante o exposto, apoiados com uma forte reprovação por seus repetidos atos de absolutismo, desrespeito e proveito baseado sob a desculpa real, os barões ingleses propuseram uma revolta contra o Rei, durando cerca de 3 anos, extremamente sangrenta tal batalha, tendo como resultado dos fatos a derrota do Rei João e seu exército real.

No entanto, houve um acordo que propôs que o Rei João poderia continuar no poder, desde que, assinasse um documento que garantisse privilégios e condições para que a sociedade pudesse ser livre, limitando assim os poderes da monarquia inglesa.

Eis que surge a famosa *Magna Carta Libertatum*, tirando os poderes excessivos da monarquia absolutista, separando o Clero do Estado e garantindo limites para os poderes do rei.

Neste documento de suma importância para a história e desenvolvimento da humanidade, no tocante a garantias de direito, que surge um princípio utilizado pela Constituição Cidadã de 1988 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, art. 5º, inciso II, estava presente na Magna Carta, mais especificamente nas cláusulas 16 e 23.

A título de curiosidade, o texto da Magna Carta fora escrito de forma totalmente corrida, sem divisões das cláusulas, parágrafos ou qualquer outra forma de separação. Contudo, no presente objeto estava contido sessenta e três normas que limitaram o poder absolutista vigente à época.

Assim como dito anteriormente, a grande importância da norma criada após a revolução, foi a garantia de liberdade, sendo que esses homens deveriam serem julgados pelas leis das terras, ou seja, por leis vigentes, constituídas na carta, garantindo assim o surgimento do devido processo legal.

Com menções sobre tal fato, Fábio Comparato, em sua obra que trata sobre os Direitos Humanos, aduz:

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 sus bens sem o devido processo legal”). O princípio é reafirmado para determinadas situações particulares, nas cláusulas 52 e 55.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018 ed. XII, p.95.

Conclui-se que a Magna Carta teve um fundamental papel para que pudesse haver a criação do atual ordenamento jurídico, garantindo em seu texto, não tão extenso, princípios e direitos que passaram a servir como norteadores para a garantia de busca de uma sociedade livre e justa.

## **4.2. Constitucionalismo Inglês**

Conforme dito anteriormente, por intermédio dos ingleses, houve inúmeros avanços no tocante as atuais constituições existentes.

Vale ressaltar que esse período tem, por alguns pesquisadores, a consideração de ser um período misto em que, havendo uma espécie de unificação das três formas clássicas de governo conhecidas: democracia, monarquia e aristocracia.

Não se pode deixar de apreciar que, o período em questão teve um grandioso avanço no que é relacionado aos direitos de liberdade e garantias de limitar o poder do Estado.

Ademais, as leis a época eram baseadas em costumes, grande parte delas, e não sendo elas totalmente escritas.

### **4.2.1. Lei do Habeas-Corpus (1679)**

Mediante a busca por direitos de liberdade e com o avanço da sociedade, graças a positivação da *Magna Carta Libertatum*, o Habeas-Corpus ganhou força, sendo considerada uma precursora dos avanços obtidos quanto a oposições dos poderes estatais que antes eram vigentes.

Ao contrário do que pode ser pensado, *a priori*, a lei do Habeas-Corpus é mais antiga que a Magna Carta, ela na época era feita da forma de mandado judicial.

O mandado era utilizado em caso de prisões consideradas de caráter arbitrário, mas não havia uma real efetividade acerca das mesmas, visto que as normas não eram escritas assim não havia uma real eficácia quanto a aplicação e efetividade.

Assim, falando sobre a efetividade da norma positivada, João Gualberto Garcez Ramos ressalta:

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.<sup>40</sup>

Após a sua efetivação, fez com que houvesse previsão de multas, perdas de posições de funcionários públicos em circunstâncias específicas e dentre outras situações.

Assim, com o advento da positivação houve um valoroso desenvolvimento para as garantias constitucionais de liberdade individual dos indivíduos.

Afim de garantir uma maior legalidade, o ordenamento britânico criou uma norma que aduz a necessidade de haver uma autoridade de execução para que possa ser submetido o detido, ao juiz, com o intuito de realmente efetivar e verificar se aquele ato é legítimo e legal.

Vale ressaltar, não são todos os países de culturas anglo-saxônicas que admitem e aceitam esse tipo de, digamos, necessidade de procedimento para garantia legal de uma prisão.

Se baseando nessas questões aludidas anteriormente, Comparato profere que:

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

---

<sup>40</sup> 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.

desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas.<sup>41</sup>

Vale ressaltar, não são todos os países de culturas anglo-saxônicas que admitem e aceitam esse tipo de, digamos, necessidade de procedimento para garantia legal de uma prisão.

Por volta dos anos de 1688, ocorreu durante o reinado da dinastia Stuart, Jaime II, passou por um período de Revolução em que ficou conhecida como Revolução Gloriosa.

Essa Revolução teve como marco o fim da monarquia absolutista e passou a ser a forma de governo vigente a monarquia constitucional, tendo como marco do término foi a Declaração de Direitos de 1688, chamada de *Bill of Rights*.

Marcando a concretização do constitucionalismo e efetivando os poderes do povo, sendo o poder emanado dele, e separou de maneira efetivada os poderes do Clero sobre a realeza britânica.

#### **4.2.2. Bill of Rights (1689)**

Como fora dito, com o advento da Magna Carta, direitos que antes eram reprimidos foram garantidos e tidos como de suma importância para o desenvolvimento da sociedade, principalmente os direitos de liberdade.

Contudo, existiram casos em que esse direito buscado em 1215 não era respeitado, visto que, levando em conta toda a forma em que o documento fora instituído, ainda se existiam questionamentos e inclusive algumas pessoas desrespeitavam o que estava presente na carta, sob o argumento de que o mesmo não seria algo legítimo.

Esse conceito de legitimidade somente viera a ocorrer quando houve o advento do *Bill of Rights*, documentos, além da já citada Magna Carta, foram criados antes do *Bill of Rights* contudo não tiveram essa eficácia, como a Lei de Hábeas-Corpus, já prolatada anteriormente e a *Petition of Rights* de 1628.

---

<sup>41</sup> Afirmação histórica dos direitos humanos / Fábio Konder Comparato — 7. ed. rev. e atual.— São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101

Uma das principais características a ser consideradas como a ruptura do sistema utilizado na Inglaterra até então, foi a regulamentação do parlamento britânico, passando a ter o importantíssimo papel de criar leis, regulando por exemplo fatores que foram questões controvertidas na sociedade, como na Revolução Gloriosa o pagamento de tributos à coroa, assim passou a função de criação para evitar revoluções e criar uma paz e segurança. Conforme elucida Dalmo de Abreu Dallari:

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.<sup>42</sup>

Fora que se deve levar em conta a garantia parlamentar de fazer com que as pessoas não seriam penalizadas sem um prévio e devido julgamento. Aqui surge também uma questão que hoje é muito debatida na sociedade por conta dos abusos, que é o fato da imunidade parlamentar no que tange o uso de suas atividades.

Deste modo, a monarquia nos moldes conhecidos até então pela sociedade da época é superada e institui-se uma monarquia parlamentarista, em que há divisões entre o Rei e Parlamento, havendo uma descentralização, conforme afirma Fábio Comparato:

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

---

<sup>42</sup> 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

Constituições modernas, como o direito e petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (cruel and unusual punishments).<sup>43</sup>

Como forma de melhor elucidar as questões trazidas pelo *Bill of Rights* foi a previsão de que constantemente o parlamento deveria se reunir para que pudessem ser sanados os problemas enfrentados e a criação de leis, emendas, modificações, tudo visando o melhor funcionamento do Estado.

A ratificação da norma ocorreu após o rei Guilherme de Orange, assumiu o poder. Assim, o rei passou a integrar a necessidade de se reunir com o parlamento para solução de problemas gerados, conforme dito anteriormente.

O grande apogeu foi a necessidade de que os atos do rei devessem ser aprovados pelo parlamento, totalmente oposto do que acontecia na monarquia absolutista.

### 4.3. Constitucionalismo Clássico

Ao se tratar do período clássico se remete ao final do século XVIII, marcado pela Revolução Industrial que trouxe inúmeras mudanças em várias esferas da sociedade, fortemente influenciada pelo Iluminismo que teve um de seus principais influenciadores desse período, Immanuel Kant, como se pode observar:

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.

Pode-se dizer que o Iluminismo quebrou o ciclo de heranças medievais e passou a garantir desenvolvimentos em áreas que, até então eram proibidas, como ciência, política, baseados na razão. Tendo como fortes precursores duas

---

<sup>43</sup> Comparato, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos / Fábio Konder Comparato. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

constituições que foram norteadoras do Constitucionalismo Clássico, sendo elas: Estados Unidos da América e a Constituição Francesa.

As duas constituições supramencionadas possuem características marcantes para o mundo moderno. Se tem que a Constituição Francesa foi a primeira a trazer direitos trabalhistas, enquanto que a Constituição Norte-Americana é considerada a precursora, sendo a primeira constituição do mundo, datada de 1786.

#### **4.3.1. Constituição dos Estados Unidos da América (1786)**

Por mais que tenha havido inúmeras alterações, 27 emendas, a Constituição dos Estados Unidos da América permanece sendo a mesma desde a época de sua promulgação em 1786.

Vale ressaltar, que mesmo se passado vários anos, ela ainda continua com o *status* de menor Constituição do mundo, tendo apenas 7 artigos e como dito anteriormente 27 emendas.

Totalmente oposto do que pode ser vislumbrado no Brasil sendo considerada uma das maiores Cartas do mundo, extremamente extensa e garantista, fora os inúmeros diplomas infraconstitucionais existentes.

A princípio o Estado que hoje é conhecido como Estados Unidos da América, antes tinha o nome de “As 13 colônias”, sendo divididas em Virgínia, Pensilvânia, Nova Jersey, Nova York, New Hampshire, Maryland, Massachusetts, Rhode Island, Geórgia, Delaware, Connecticut, Carolina do Norte e Carolina do Sul. Tendo como data oficial de criação das colônias inglesas em 1607 com o surgimento da cidade de Jamestown na Virgínia, no mesmo período que a Grã-Bretanha instaurou a cidade citada anteriormente, havia inúmeras disputas e revoluções na Inglaterra.

Sendo a sua divisão em três regiões ou categorias, sendo elas as colônias do Sul formada pelas Colônias de Virgínia, Geórgia, Maryland, Carolina do Norte, Carolina do Sul, as colônias da Nova Inglaterra (Nordeste) composta por Delaware, Massachusetts, Maine, Rhode Island e Connecticut e por fim as colônias de Centro formadas por Nova Jersey, Nova York e Pensilvânia.

As divisões mencionadas anteriormente servem como base para que possamos entender o funcionamento da economia na época, sendo a Nova Inglaterra

marcada por pescas de baleias, tendo em vista o seu solo árido, tendo como porto principal para a entrada e saída de mercadorias, o porto de Boston.

Assim ao se voltar os olhos para as colônias do centro, em virtude de possuírem solos mais férteis e melhores climas, o fator que girava a economia era a agricultura, tendo também a incidência de indústrias no ramo têxtil e siderúrgicas, graças a uma vasta quantidade de mão de obra existente (escrava).

Por fim, os sulistas tinham como fonte de produção predominante o cultivo de monoculturas como algodão, tabaco, dentro outros, também sustentadas por escravos.

A discórdia no que tange a Revolução Puritana, por grupos calvinistas, protestantes e presbiterianos fez com que houvesse uma busca para que pudessem fugir das perseguições sofridas, deste modo que se originou a colonização do que hoje é conhecido com Estados Unidos da América, sendo marcada por uma colonização de povoamento, oposto do que foi, *a priori*, o objetivo da colonização no Brasil que teve como ideal a exploração dos recursos.

Com base no Tratado de Tordesilhas, a área ocupada pertencia a Espanha, mas o foco deles na época era a ocupação das regiões do México e do Peru.

Tendo como fatores cruciais que contribuíram para que houvesse a independência das 13 colônias foram os impostos abusivos, principalmente após o grande aumento que teve pós-Guerra dos Sete Anos, gerando uma insegurança inclusive nas relações entre colonos e coroa, por caso de que, caso houvesse um eventual confronto contra os indígenas, possivelmente não se teria contribuições da coroa.

No entanto, havia uma liberalidade, uma grande autonomia para que as colônias pudessem efetuar suas organizações políticas e administrativas como bem entendessem, fazendo com que não houvesse aquele sentimento de dependência da Coroa para que pudessem sobreviver, no mais, não há o que se negar que a guarda real era extremamente violenta com a população das colônias, sendo chamados de *Red Coats*.

Acredita-se que cerca de 10 mil soldados do exército da coroa foram enviados as colônias, fora as tributações como Lei do Selo *Stamp Act*, Lei do Açúcar *Sugar Act*.

Acerca dos corriqueiros acontecimentos ocorridos nas colônias Norte-Americanas, Fábio Comparato aduz:

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 Sumary 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”).<sup>44</sup>

A reunião supramencionada pelo autor, refere-se a reunião do congresso da Filadélfia, que ocorreu pouco tempo antes das colônias se tornarem independentes, tendo em vista que o clima tenso e traços de independência eram nítidos, por se tratar de estar eminente o documento que viria a se tornar o primeiro documento a consagrar os princípios democráticos na modernidade.

Vale frisar que o intuito do mencionado congresso foi a criação de leis próprias que iriam reger o país e, assim, desvinculando-se das leis inglesas.

Com a criação das novas leis que viriam a reger o país, surgiu dois partidos políticos com ideias diferentes, sendo os Republicanos e os Federalistas. Aquele trata de um partido “Anti-federalista”, tinha como seus líderes Thomas Jefferson e James Madison (o mesmo do *leading case*, *Marbury vs. Madison*), defendendo a autonomia do Estado, atrelados com pequenos produtores que visavam a defesa da democracia. Enquanto que estes defendiam a centralização da política, como seus líderes estão Alexander Hamilton, John Adams e o primeiro presidente dos Estados Unidos da América, George Washington, com o apoio de grandes empresários, focando nas indústrias e deixando de lado a parte agrícola.

Deste modo, a Constituição Americana, passou pelo processo de ratificação somente em 1791 por conta da não aceitação das colônias de Delaware e Carolina do Norte, sendo quatro anos depois de sua promulgação que ocorrera em 1787.

---

<sup>44</sup> Comparato, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

Com princípios norteadores iluministas, com o sistema adotado de República Federalista Presidencialista, constituindo assim, autonomias de vontade aos Estados-membro, eleições presidenciais a cada 4 anos.

Deste modo, como já mencionado anteriormente, os Estados, desde que respeitados os direitos a liberdade de cada indivíduo, respeitando o que está contido na Carta Máxima, os Estados poderiam ter autonomia.

Como forma de buscar maiores garantias, fora implementado o *Bill of Rights* e assim, se tornando a I emenda da Constituição Americana, em 1791.

Afim de elucidar e evidenciar algumas experiências da evolução tida na Constituição Americana, sua segunda emenda teve como tema a legalização e o direito a posse e porte de arma, posteriormente houveram outras inúmeras, mas a décima terceira, por exemplo, aboliu a escravidão, a décima quinta proibiu a discriminação de raça, algo bastante que causa espanto tendo em vista os longos anos de discriminação enfrentados por negros nos anos 60. A décima sétima emenda instaurou a lei seca, período este em virtude da crise que o país enfrentou, tendo como avanço o consumo de álcool e o surgimento das máfias americanas, sendo a única emenda na história a ser revogada, por fim, a última emenda a ser elucidada é a décima nona que atribuiu as mulheres o direito a voto.

Concluindo, a importância da Constituição Americana é algo inevitável, inúmeros países vieram a copiar o seu modelo, garantindo a liberdade individual e a forma de divisão e funcionamento do Estado.

#### **4.3.2. Constituição Francesa (1791)**

Conforme já fora tratado no tópico 3.1 deste presente ato, a revolução ocorrida no período entre 1789 e 1799 fez com que as normas, o direito, a sociedade, tivessem um grandioso avanço.

Com abusivos feitos pela coroa, atrelados com o fortíssimo domínio do Clero, e agravados por uma crise que assolava o país fazendo com que inúmeras pessoas passassem fome, fez com que a burguesia se revoltasse e fizesse a chamada: Queda da Bastilha.

Sobre a ruptura do sistema até então implantado na França, e a forma que retirou os benefícios do Clero, Fábio Comparato esclarece:

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.<sup>45</sup>

Assim, graças a Revolução Francesa, fez com que houvesse uma ruptura do regime até então vigente, absolutista, e após isso fez com que houvesse coisas mais contemporâneas, mudando as relações constitucionais, do mundo todo e trazendo, como já mencionado anteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, esta adicionada ao seu preâmbulo da Constituição.

#### **4.4. Constitucionalismo Moderno**

Com o advento das normas que limitaram os poderes do Estado, juntamente com as questões de garantir a liberdade, respeito da divisão do Estado (*Trias Política*), tendo como um intuito de preservação da lei fundamental.

Por meio desta, surge as concepções da Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais, estas relacionadas as limitações impostas ao Estado e em contrapartida garantia liberdade aos cidadãos, deste modo, sendo uma concepção negativa.

Posteriormente, surge as idealizações a serem consideradas como Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais, no qual temos que indo na contramão dos ideais da Primeira que visava a exclusão das intervenções estatais, aqui o Estado assume um papel fundamental na garantia de manter os Direitos elencados na

---

<sup>45</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 165.

Primeira Dimensão sejam cumpridos. Direitos sociais, econômicos e culturais passaram a ser papel do Estado garantir que essas coisas fossem mantidas e mais, são considerados como quesitos mínimos de fazer com que as pessoas tenham uma vida digna.

Sendo um advento influenciado pelas ideias propostas anteriormente, eis que surge a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição Alemã (1919), ambas consideradas precursoras do movimento que, por hora, é abordado.

#### **4.4.1. Constituição Mexicana**

No ano de 1917, foi promulgado a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, graças a uma Revolução que havia sido instaurada no país visando a busca por maiores direitos e garantias para a sociedade.

Para que se possa entender os motivos que levaram a criação da Constituição Mexicana, há de se entender o passado do país, que teve um passado colônia, sendo conhecida como “Nova Espanha”, tendo forte influência da Igreja Católica, tendo em vista que a mesma detinha o controle de boa parte da política, economia e também da doutrinação feita por meio das catequeses, garantindo o controle da sociedade. Fora a grande quantidade de terras.

Após a independência do Estado, houve uma disputa de poder entre dois pensamentos, os liberais e os conservadores. Um queria modificações na esfera econômica, através de uma modernização do Estado, direito a propriedade privada e garantias de um Estado laico, enquanto que o outro acreditava que padrões deveriam ser mantidos, como os fundamentos da igreja e seus ensinamentos, bem como o monopólio e controle estatal.

Graças a esta disputa entre os dois polos, o México sofreu uma invasão dos Estados Unidos da América, no Norte do país, tomando para si as regiões que nos dias atuais seriam conhecidas como Texas e Califórnia.

Fora que, em conjunto o país atravessava uma crise política, através da ditadura instaurada de Porfirio Díaz, tendo como seu ideal e objetivo a modernização do México e expansão da agricultura, assim podendo se tornar um aumento na economia agroexportadora.

Baseado no sistema de *plantation*, o ditador fez com que a economia Mexicana evoluísse e assim, surgiram enormes latifúndios. Através dessa elucubração, Fábio Comparato expõe:

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.<sup>46</sup>

Assim, se tornou inevitável o grande avanço econômico que o México obteve, contudo, obstante da grande fortuna conseguida pelos latifundiários, camponeses e indígenas se tornaram oprimidos e empobrecidos. Industrias foram criadas e os seus funcionários enfrentavam péssimas condições de trabalho.

Tendo em vista que boa parte da população mexicana não estava sendo privilegiada com o regime que dominava à época, por intermédio do líder Francisco Madero, houve uma revolução que tinha como objetivo pôr fim a ditadura. Com o intuito de poder retornar ao antigo regime de um Estado que tinha como base a Democracia e a liberalidade.

Deste modo, buscando uma maior eficácia da revolução, foram mobilizados vários setores da sociedade e, assim, tendo como representante ao Norte o conhecido “Pancho Villa” e ao Sul Emiliano Zapata.

Ao vencer e ter como bem-sucedido o processo de Revolução, Madero assume o poder, mas acaba gerando uma insatisfação por parte de Pancho e Zapata que, por serem camponeses, buscavam a devolução de terras aos camponeses que anteriormente haviam sido disponibilizadas aos latifundiários.

Deste modo, a “revolução” continuou até que houvesse essa mudança, saindo do controle da “classe média” que até então tinha como detentor do controle Madero e assim levou o recém governo a uma forte repressão política.

---

<sup>46</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

Por meio de um apoio feito com o governo dos Estados Unidos da América, teve como consequência a morte dos dois líderes (Zapata e Pancho), contudo, as questões buscadas pelos dois foram conquistadas após as suas mortes.

Como resultado, no ano de 1917 surgiu uma nova Constituição Mexicana que tinha como ideias direitos e garantias as pessoas, meios sociais, direitos trabalhistas, vale ressaltar que, foi a primeira Constituição a trazer esses princípios, tornando-se um Estado laico, com base a importantíssima mudança acerca do tema e dos benefícios e garantias trazidos pela nova Constituição vigente, Comparato aduz:

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.<sup>47</sup>

Deste modo, a Revolução tem como seu instituto o Partido Revolucionário Institucionalizado (PRI), tendo ficado por muito tempo no poder. Contudo, por meio de fortes insatisfações, principalmente no que tange ao acordo firmado entre EUA e México, na região Sul, surge o Exército Zapatista de Libertação Nacional (ELZN), em 1994.

Essa luta contra o imperialismo Norte-Americano, fez com que os camponeses se revoltassem e fizessem marchas pela Cidade do México, com o intuito de reforçar as suas reivindicações.

Por conta dos fatos apresentados anteriormente, o governo Mexicano reprimi de maneira severa os revolucionários, em virtude de sua forte resistência. Graças a um enfrentamento entre ELZN e o exército nacional, cujo resultado foi a morte de 45 membros do ELZN, fez com que o mundo passasse a observar a crise que estava instaurada em solo Mexicano.

---

<sup>47</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189.

#### 4.4.2. Constituição Alemã

Com o efeito da queda da monarquia Kaiser, surge a Constituição de Weimar na Alemanha, sendo a Primeira Constituição da República Alemã, tendo em vista que, no início do século XX, quase não se havia Constituições instauradas na Europa.

Guilherme II era um Imperador Alemão que detinha sob seu poder uma monarquia semi-absolutista, visto que o Primeiro Ministro era indicado por ele mesmo, devendo prestar contas somente ao Imperador.

Vale ressaltar que a prestação de contas era feita diretamente ao Imperador pelo fato de não existir parlamento, por essa ótica, Fábio Comparato aduz:

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!”<sup>48</sup>

Como um reflexo da derrota sofrida pela Alemanha na Primeira Guerra Mundial, houve uma forte onda revolucionária fazendo com que houvesse uma ruptura do sistema e o Imperador Guilherme II, acabou fugindo em 07 de novembro de 1918.

O fator que teve como resultado a fuga do Kaiser, foi uma rebelião no porto de Kiel, em que marinheiros se revoltaram contra as ordens vindas do corpo naval Alemão, resultando assim em uma guerra civil.

Com a saída de Guilherme, foi nomeado o Príncipe Max de Baden como novo Imperador Alemão, contudo, graças as ondas revolucionárias que estavam em

---

<sup>48</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201.

constante crescimento, Baden abdicou do trono tendo como pessoa a tomar a iniciativa de proclamar a república, o ministro Philip Scheidemann, membro do Partido Socialista Majoritário Alemão (MSPD).

Assim com a entrega abdicação de Baden, Friedrich Ebert se torna o primeiro governante republicano, sendo o primeiro passo traçado para haver a República de Weimar, um fato a ser ressaltado é que não é algo comum na história governos serem entregues a Partidos independentes, ainda mais de cunho social. Isso se teve pelo fato da grandiosa desmoralização do exército Alemão, sendo uma estratégia de tentar controlar os conflitos e revoluções, podendo isolar os comunistas, acabar com a revolução socialista e retomar a organização, antes tida, pelos burgueses.

Vale ressaltar que o governo provisório que estava vigente na Alemanha possuía ideias e cunhos revolucionários diferentes, um com a intenção de promulgar uma Assembleia Nacional Constituinte, sendo instaurado uma Democracia Parlamentarista, enquanto que a outra tinha como idealização a instauração de uma Ditadura pelos Proletariados para que pudesse haver a implantação total do socialismo perante a economia nacional, assim Comparato explica:

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.<sup>49</sup>

O projeto instaurado para a Constituição foi feito por Hugo Preuss, discípulo do teórico germânico Otto V. Gierke, fazendo com que Weimar fosse

---

<sup>49</sup> COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. — 7. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

composta de uma forma que permitisse a conciliação de ideias pré-medievais, juntamente com questões tanto sociais quanto liberais.

Assim, após seis meses de trabalho se pode aprovar a nova Constituição, obtendo a maioria dos votos válidos.

Como se não bastasse a dificuldade para a obtenção da Constituição, no mesmo período foi assinado o Tratado de Versalhes, sendo retomado toda a desmoralização e insatisfação do povo Alemão, tendo em vista que o mesmo obrigava o pagamento de inúmeras sanções para que pudessem ser, de certa forma, suprimidas, as questões ocasionadas pela guerra. Gerando assim, um eminente e perigoso colapso da economia Alemã.

Deveras, nessa alçada abriu caminho para os ideais nazistas, propostos por Adolf Hitler, acabando assim com a República de Weimar, instaurando o Nazismo, ganhando ainda mais força com a forte adesão popular e protegida pelas “Leis de Nuremberg”.

#### **4.5. Constitucionalismo Contemporâneo**

Por intermédio de um cenário pós Segunda Guerra Mundial, o mundo fora influenciado por mudanças a serem feitas, para que pudessem evitar que, no futuro, acontecessem as atrocidades em que o mundo havia enfrentado com a instauração do Nazismo.

Desta forma, propostas para que o direito constitucional pudesse vir a ser alterado surgiram, dando início ao chamado neoconstitucionalismo, período em que estava sendo criada a Constituição que viria ser a terceira da história do Brasil, diante dos fatos arrolados anteriormente, Marcelo Novelino afirma:

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.<sup>50</sup>

Seguindo como base a Constituição Alemã de 1919, o surgimento da terceira Constituição Brasileira, esta que viria a ser a primeira constituição que buscava sobre ordem econômica e social do país. Visando questões coletivas, eis que surge a Terceira Dimensão dos Direitos Fundamentais, passou a ter a objetividade de focos metaindividuais, estes presentes no rol do art. 5º, mais especificamente no inciso LXX, “b”, art. 8º, III e o art. 129, III ambos da Constituição Federal brasileira de 1988.

Buscando a proteção da raça humana, com bases mais humanizadas, com ideal de sempre preservar uma melhor qualidade de vida, em que direitos transindividuais, cujos valores são voltados a fraternidade e a solidariedade, são fatores marcantes e que representam a importância das garantias conquistadas aos direitos da Terceira Dimensão.

#### 4.5.1. Neoconstitucionalismo

Conforme já apresentado anteriormente, o constitucionalismo tinha como idealismo a criação de ideais em que a Constituição é Suprema e absolutamente nada estaria acima dela, em contrapartida o Neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo tem como centro a dignidade da pessoa humana, ou seja, agora o centro são as pessoas, assim Bulos afirma:

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

---

<sup>50</sup> Livro Curso de direito constitucional / Marcelo Novelino. — 11. ed. rev., ampl. e atual. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p.52.

constitucionalismo contemporâneo, algo que independe de rótulos, nomes, expressões ou terminologias para existir.<sup>51</sup>

Com o advento desse ideal, surge o maior foco deste presente trabalho, em que o que deve ser aplicado seria os princípios mais benéficos ao réu e não a norma pura e seca, conforme afirma Eduardo Cambi:

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 assegurar 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.<sup>52</sup>

Se mostra algo bastante complexo analisar o neoconstitucionalismo, tendo em vista que, o mesmo possui várias flexibilizações e mudanças, como bem explanado na citação supracitada.

Por meio desta, o neoconstitucionalismo se faz algo extremamente necessário, ao centro de tudo o que, pós segunda guerra, envolve direito e seus ramos.

Assim, como se pode vislumbrar, graças ao neoconstitucionalismo, os papéis antes existentes de que os juízes são prolores da lei, pura, hoje existe um caráter hermenêutico, ultrapassando o que antes era tido como concepção. Hoje, juízes assumem um caráter de interpretar a lei de acordo com as evoluções da

---

<sup>51</sup>Uadi Lammêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional. 2014 p.80.

<sup>52</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. - 3. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020. p.21

sociedade, fora que em alguns casos, juízes assumem o papel de legislador, fato este assume uma grande problemática que trataremos mais adiante, ao se analisar os problemas do Constitucionalismo Abusivo e do ativismo judicial.

#### 4.5.2. Constitucionalismo do futuro

Por intermédio de uma análise doutrinária, diante do estudo do constitucionalismo sob uma nova ótica, em que se coloca em xeque questões como teses que abordam a universalização, verdade, consenso. Deste modo o doutrinador Pedro Lenza aduz:

- 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.<sup>53</sup>

Através desta premissa, o constitucionalismo taxado como do futuro, tem como principal objetivo a consolidação dos direitos contidos na Terceira dimensão, já abordados anteriormente, tendo assim valorados fatores de fraternidade e solidariedade.

A solidariedade se faz por meio do princípio da dignidade da pessoa humana e justiça social e que equipara a igualdade a todos, sem distinção.

---

<sup>53</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2021. (Coleção Esquematizado) p. 119.

Vale ressaltar que o tema abordado é recente, contudo o prógono deste pensamento é o jurista argentino José Roberto Dromi, algo que por se tratar de valores extremamente detalhados não sendo necessário tal análise, por não ser foco principal deste presente ato.

#### **4.5.3. Constituição Brasileira (1988)**

Como já mencionado inúmeras vezes ao longo deste trabalho, em 1988 passou a vigorar no Brasil, após árduos anos de ditadura militar, a chamada Constituição Cidadã.

Assim, fazendo jus à sua denominação, trouxe inúmeras garantias, assegurando direitos, principalmente a liberdade individual, por meio desta concepção o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, nos traz que “A Constituição Brasileira só não traz a pessoa amada em três dias”, ou seja, ela garante inúmeras coisas.

Além do exposto, a Constituição ainda é considerada uma das mais atualizadas no mundo, tendo em vista que é considerada uma Constituição Nova. Através dessa concepção, Bulos argumenta que:

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. 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,

D] 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.<sup>54</sup>

Como mencionado, o período pré-Constituição foi bastante conturbado para a história nacional, em toda a sua história, retirando da soma a Constituição vigente, antes de 1988 o Brasil teve sete constituições vigentes, sendo que esse número varia de acordo com alguns historiadores, sendo a de 1824 (Brasil Império), 1891 (Brasil república), 1934 (Segunda República), 1937 (Estado Novo), 1946, 1967 (Regime Militar), aqui entra o que para alguns seria a sétima Constituição a emenda nº 1 à Constituição de 1967, sendo assim considerada uma nova Constituição militar de 1969.

Após o movimento denominado: Diretas Já, em que o povo saiu as ruas exigindo o seu direito ao voto, teve como Presidente eleito de maneira indireta Tancredo Neves, isso porque o povo não o escolheu, tendo como o seu vice José Sarney.

Vale frisar que Sarney quando antes era permitido apenas dois partidos, era filiado ao ARENA que era de cunho militar, pós ditadura filiou-se ao PDS (Partido Social Democrático).

Com o advento da Constituição de 1988 houve um descontentamento da população que não admitia Sarney como Presidente, tendo em vista que Tancredo Neves não pode assumir por falecer antes de tomar posse.

Através disso, houve a convocação da constituinte que teve 559 deputados participantes e seu Presidente da Assembleia, Ulysses Guimarães, filiado ao PMDB-SP (Partido do Movimento Democrático Brasileiro).

A prolixidade da Constituição vigente no Brasil é algo eminente, no entanto, justificável, tendo em vista que com o receio de se viver novamente as

---

<sup>54</sup> Uadi Lammêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional. 2014 p. 204.

atrocidades que foram feitas durante o regime militar, a constituição teve com princípio a busca pelo maior número de direitos possíveis. Aqui temos um problema de que, justamente pelo fato de querer se tratar de muita coisa, acaba as vezes não tratando de nada.

A Constituição Federal conta com medidas progressistas que conseguiram ser aprovadas em sua constituinte, sendo por exemplo a implantação de 44 horas semanais de trabalho, direito a greve, direito a associação sindical, 13º salário inclusive para aposentados, seguro desemprego, derrubou o veto ao *Habeas Data* que seria o direito garantido pela constituição de acesso a documentos que trate da pessoa interessada, acabou com a tortura, garantindo a punição para quem viesse a descumprir isso.

#### 4.6. Constitucionalismo Abusivo

O fenômeno intitulado de Constitucionalismo abusivo, pode-se dizer que é um retrocesso constitucional.

O Constitucionalismo abusivo seria uma forma em que Estados ditos como democráticos, se utilizam de mecanismos existentes dentro da Carta Magna, para satisfazer suas vontades de maneira indevida, a fim de destituir ou somente atacara estruturas presentes como bases da filosofia constitucional, inclusive da democracia constitucional.

Deste modo, pode-se dizer que seriam formas de um novo autoritarismo moderno do século XXI.

O primeiro jurista a abordar esse fenômeno foi David Landau, que aduz: "o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes"<sup>55</sup>. Assim, há de e concluir que o objetivo desse acontecimento é a deturpação do Estado democrático de Direito e de seus pilares previstos na Constituição.

---

<sup>55</sup> I define "abusive constitutionalism" as the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before (LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. In: *Davis Law Review*. University of California, v. 47, 2013. p. 195).

As formas que podem ocorrer esse instituto são as mais variadas, por exemplo, sem que seja utilizado golpes, um governo pode se manter no poder através de emendas constitucionais, modificando a estrutura estatal, aprovando assim a sua reeleição, caso este ocorresse na Rússia, garantindo ao “presidente” Vladimir Putin a permanência em seu cargo de chefe de Estado, Scheppele chama essa forma de *constitutional coups*, ou golpe constitucional, tendo em vista que: “não há ruptura na legalidade, em nenhum momento o governo faz algo formalmente ilegal para atingir os objetivos desejados”<sup>56</sup>.

Ainda profere o autor supracitado que os líderes políticos que através do populismo conseguem se eleger e se mantem no poder e de tudo que lhe é oferecido em função do cargo para diminuir a separação dos poderes e não respeitar a oposição de seu governo, não importando qual grupo seja (civil ou propriamente político) estaria efetuando a chamada *democraturas*.

Conforme já vislumbrado em tópicos anteriores, a Constituição possui mecanismos que permitem a sua alteração, modificação, no Brasil por exemplo essa modificação é restrita a algumas matérias, contudo, mesmo assim há a possibilidade de alteração ou implementação ao texto constitucional.

Por meio dessas formas de alteração da Constituição se tem o primeiro constitucionalismo abusivo, no qual as alterações ocorrem por meio de algo legítimo, mascarando assim a sua real intenção e seu perigo eminente. Esse acontecimento denomina que essas alterações que até então podem ser nocivas, são denominadas de: “Constitucionalismo abusivo estrutural”.<sup>57</sup>

O constitucionalismo está atrelado com outro fator predominante para que o mesmo venha a ocorrer através do presidencialismo.

Existe um diapasão quando há Presidentes autoritários, como já exemplificado anteriormente, e quando não há Presidentes autoritários, mas o Legislativo cumpre um papel de autoritarismo, para que assim possa a vir a

---

<sup>56</sup> **A constitutional coup is constitutional because there is no break in legality, never a moment when a government does something formally illegal to attain its desired goals (SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (with Special Reference to Hungary). In: Journal of Transnational Law and Contemporary Problems, University of Iowa College of Law. 2014, p. 51).**

<sup>57</sup> Cf. BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. "Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo". In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, Belo Horizonte, n. 39, jul./dez. 2018. p. 84.

enfraquecer o Executivo, que é algo bastante comum de ser vislumbrado em governos da América Latina e no Brasil.

Deste modo, há convergências acerca da concepção do tema, tendo em vista que Barboza e Robl Filho alegam que por segmento a concepção feita anteriormente, no Brasil, justamente por haver uma maior incidência do Legislativo em questões abusivas, o fenômeno antes denominado estrutural, assume uma nova nomenclatura, sendo “Constitucionalismo abusivo episódico”.<sup>58</sup>

Como uma forma de exemplificar essa necessidade de um governo Presidencialista e os perigos do Executivo não ser aliado com o Legislativo é o fato que aconteceu com os dois *impeachments* que aconteceram no Brasil, o primeiro com Fernando Collor de Melo e o segundo com Dilma Rousseff.

Vale ressaltar que não entraremos no mérito dos mesmos, apenas demonstrando os perigos que governos presidencialistas sofrem justamente por intervenções do Legislativo. Particularmente, creio que esse sistema que para mim seria híbrido (metade político, metade jurídico) é um instituto fundamental para a garantia Constitucional e de fazer com que seja efetivamente controlado o Executivo, contudo, ao mesmo tempo perigoso, por ser um instituto que acaba dando um poder muito grande para uma esfera do Estado que, caso esteja mal-intencionada, poderia gerar uma abusividade e prejudicar o funcionamento do Estado, com essa ruptura de governo.

#### **4.6.1. Constitucionalismo abusivo no Brasil**

No Brasil a incidência do instituto denominado *accountability* que seria uma forma de controle e uma certa garantia do *checks and balances*, faz com que no Brasil seja criado uma nova espécie de autoritarismo.

Com a incidência cada vez maior do Judiciário, atrelada com a independência do Ministério Público, o fenômeno prolatado no início deste ato que o século XXI seria o século em que teríamos como estrutura predominante e até perigosa o Poder Judiciário, começa a tomar corpo.

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 86.

Pode-se observar que, por exemplo, sob uma ótica de se buscar um combate a corrupção, medidas foram tomadas sem o devido processo legal, intervenções do Judiciário em atos que originalmente e constitucionalmente estão garantidos a outros poderes, como o caso do ativismo judicial que vem crescendo cada vez mais e assim, havendo uma intervenção na função que seria do Legislativo, vem sendo cenários rotineiros no que tange a política estrutural brasileira.

Tudo isso, com uma roupagem de que seria uma forma de garantir direitos fundamentais, melhor funcionamento do Estado, frente a uma omissão dos governantes.

Desta forma, fica eminente a questão da existência de um “hiperpresidencialismo” exacerbado e que cada vez ganha mais força no cenário pátrio.

Existe uma linha tênue entre controle de constitucionalidade e sua função de guardião da Constituição feita pelo Poder Judiciário, com os abusos de existentes, por intermédio de criação de salvadores da pátria, estes feitos através de normas e princípios de moralidade pública, com atuações voluntárias.

## 5. OS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Ao se referir em Judicialização, deve-se ter uma concepção sobre a mudança de fazeres que, originalmente, não pertencem ao judiciário e por meio de uma provocação direta, passa a ser exercido pelo mesmo.

Assim, a transferência de atribuições hora desempenhados por órgãos tradicionais como Congresso Nacional, este representando o Poder Legislativo, e pelo Presidente, quem representa o Poder Executivo, passam a ser desempenhados pelo Poder Judiciário.

Destarte que ao olhar para a matéria de Direitos Fundamentais, constitucionalmente há remédios, estes previstos, a fim de garantir com que sua defesa seja efetivada, desta forma há previsões expressas na Carta Magma para que a transferência de atribuições possa vir a ocorrer. Até mesmo como uma forma de evitar possíveis condenações em Cortes Internacionais de defesa dos Direitos Humanos buscando o mínimo de reparação integral.

Dessa forma, há de se ter a provocação do judiciário, como já mencionado anteriormente, mas em contrapartida, hoje em dia houve um aumento cada vez maior de assuntos a serem tratados pelas Cortes, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em que o viés político ficou fragilizado e surgiu a concepção de que um Judiciário cada vez mais forte seria como significado proporcionalmente uma segurança jurídica e garantia de Direitos mais forte, algo que deve ser tratado com bastante cautela.

Por meio desta, houvesse uma análise no ano de 1995 feita por dois juristas, Neal Tate e Torbjörn Vallinder em que concluíram que, por conta do grande advento de questões administrativas e políticas serem tratadas pelos Tribunais, surge o termo “Judicialização da Política”, esta oriunda da obra: “A expansão global do Poder Judiciário” (The global expansion of Judicial Power).

Temos com esse pensamento a discussão de assuntos feitos antes pelos outros poderes da *Trias Política*, hoje sendo discutidos pelo Judiciário, assim como meios para que esses procedimentos pudessem a vir ser discutidos pelo judiciário, dessa forma, a respeito desse diapasão temos que:

“[...] Thus the judicialization of politics should normally mean either: (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.”<sup>59</sup>

Acerca do surgimento da expressão, Amandino Teixeira Nunes Junior esclarece:

A expressão *judicialização da política* entrou para a literatura contemporânea a partir do esforço analítico apresentado de forma coletiva na obra *The global expansion of Judicial Power*, de 1.995, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1.995).

Nesse livro os autores traçam as características de um fenômeno global de recrudescimento da interação entre Direito e Política. Para chegar a esse entendimento, Neal Tate e Torbjörn Vallinder examinam os contextos jurídicos e políticos dos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Estados pós-comunistas (integrantes da ex-URSS), Filipinas e Namíbia, partindo da ideia de que a expansão global do Poder Judiciário e as técnicas de controle de constitucionalidade decorriam da maior visibilidade dos Estados Unidos como modelo democrático.<sup>60</sup>

Voltando a análise para o fenômeno no Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso esclarece:

*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> “[...] Assim, a judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial.” TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion the of Judicial Power*. New York University, New York, 1.995. Página(s) 13.

<sup>60</sup> JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. A Constituição de 1.988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados*, Brasília, 2.008. Página(s) 158.

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 03.

A grande problemática enfrentada se faz que há uma confusão na questão de Judicialização e ativismo judicial, sendo que ao fazer uma análise rasa pode-se confundir o significado dos temas, achando que eles são a mesma coisa, no entanto, são fenômenos diferentes, ativismo em resumo se conclui como uma resposta a insuficiência legislativa por meio de uma provocação, enquanto que, a judicialização está voltada a forma constitucional adotada em um determinado Estado.

Por meio desta, afirma Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

[...]

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetivas.<sup>62</sup>

O surgimento do ativismo se deu por meio de medidas para respaldo em segregação racial, seguindo os entendimentos do Ministro Barroso, mas há uma ideia de que o mesmo foi relatado pela primeira vez somente em 1947 por um jornalista, conforme afirma o jurista Luiz Flávio Gomes, acerca do surgimento do ativismo, Barroso afirma que:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registra-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadores. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1.857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1.905-1.937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1.927). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1.953-1.969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1.973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1.954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1.966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1.973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1.965) e de interrupção da gestação (*Ro v. Wade*, 1.973).<sup>63</sup>

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 06.

<sup>63</sup> Ibidem. Página(s) 07.

Desta forma podemos concluir que o aumento de demanda do Judiciário se dá como uma forma de garantir com que os princípios preconizados na Carta Magna sejam, de fato, arguidos e efetivados, buscando uma maior efetividade do texto constitucional.

Acerca da efetivação oriunda do ativismo, disserta Barroso:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>64</sup>

Assim voltando para a esfera da Judicialização temos que com a resolução de conflitos, estes oriundos de outras esferas sem ser originalmente do Poder Judiciário, algo diferente, do referido anteriormente, ativismo judicial, Marcos Faro Castro conclui:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma certa aproximação entre direito e política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político'.<sup>65</sup>

Resolvendo essa pendenga, deve-se dividir a análise do fenômeno entre uma ideologia e prática sob ótica do cenário pátrio e mundial, feito nos subtópicos seguintes.

---

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Página(s) 06.

<sup>65</sup> CASTRO, Marcos Faro. Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, 1.997. Página(s) 34.

## 5.1. Judicialização no Brasil

Ao se analisar o contexto histórico nacional, baseado em sua Carta de Direitos e Deveres, temos um momento que, de antemão, merece ser relatado.

A popularmente conhecida Constituição Cidadã, surgiu após um longo período em que Direitos Fundamentais eram reprimidos, as pessoas não detinham o poder de selecionar os seus representantes, regras eram feitas de acordo com a vontade e necessidade de domínio e controle das forças armadas, longos e terríveis anos assolaram a história nacional com a ditadura militar.

No entanto, com o surgimento do movimento conhecido como: Diretas Já, o Brasil pode sonhar novamente com uma democracia de fato, em que a população elegia seus representantes, as liberdades individuais fossem garantidas e respeitadas, enfim, eis que surge a Constituição Federal em 1988.

Graças a essa grandiosa extensão, hoje presente na Carta Magma, sendo inclusive uma das maiores Cartas do mundo, e por meio desta constitucionalização abrangente temos o surgimento e o avanço do fenômeno da Judicialização.

Assim nos esclarece Luís Roberto Barroso:

[...] foi a constitucionalização abrangente, que trouxa para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão - seja um direito individual, uma pretensão estatal ou um fim público - é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Página(s) 03-04.

Desta forma, por meio da Constituição temos um controle de constitucionalidade, já elucidado anteriormente, que abrange formas de controle de normas em face de preceitos constitucionais, alavancou e aumentou o campo de atuação do Judiciário quando se trata das novas atribuições trazidas pelo Supremo Tribunal Federal, que de acordo com Barroso:

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica - constitucionalizar é em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis - e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação do que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestação de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>67</sup>

No cenário pátrio, temos o controle de constitucionalidade misto ou híbrido, este influenciado pelo controle difuso, oriundo do *leading case* *Marbury vs. Madison* e o controle concentrado que teve a sua origem na Constituição Austríaca e que graças a presença dessas duas formas, fez com que houvesse maior incidência da judicialização política no Brasil.

A expansão desse fenômeno se faz nítido e notório, aqui morando o grande perigo e problemática à segurança jurídica nacional.

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, .010. Página(s) 09-10.

## 5.2. Judicialização no Mundo

Conforme mencionado anteriormente, a consolidação do Estado Democrático de Direito se deu, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, em que na Europa com o surgimento da ideia de centralidade da Constituição fez com que houvesse uma ideologia de supremacia judicial, com isso fez com que o cenário fosse propício para que houvesse a incidência do fenômeno da judicialização.

O Poder Judiciário autônomo, eficiente e com mecanismos de defesa e controle de que preceitos constitucionais não venham a ser violados em oposição a atos dos outros Poderes estatais.

Se respaldando na análise acerca da supremacia judicial Luís Roberto Barroso explica:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário - ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculantes das normas constitucionais.<sup>68</sup>

Ainda sobre o alastramento à inúmeros Estados, Barroso ainda menciona:

Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2.000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território da palestina. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação

---

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, 2.010. Página(s) 07-08.

de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.<sup>69</sup>

Assim há uma grande disseminação tanto em um cenário pátrio como à nível mundial da incidência do fenômeno da judicialização.

Devendo fazer, mais uma vez, a ressalva de que se torna algo extremamente perigoso, podendo, em um futuro próximo acarretar inúmeras consequências e inseguranças jurídicas, visto que há uma discrepância nítida, abandonando o sistema de *checks and balances*.

---

<sup>69</sup> Idem, 2.008. Página(s) 01-02.

## 6. PRECARIZAÇÃO DA DEMOCRACIA DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Quando se trata de precarização da democracia, se faz necessário entender os meios que garantem o funcionamento do Estado, a livre expressão, que protegem os direitos e garantias.

Deste modo, há o que se atentar na forma no que está pautado e como a eminente crise à democracia vem se consolidando através do fenômeno da judicialização, este atrelado a supremacia e os fatores atinentes aos “superpoderes” dos Tribunais Constitucionais.

A origem e o principal intuito de criação dos Tribunais Constitucionais foi a garantia de proteção dos direitos fundamentais, tendo como respaldo a grande marca histórica criada graças as atrocidades vividas pela humanidade, principalmente após as duas grandes guerras mundiais.

Como já exposto anteriormente, o efeito gerado no século XX foi a reconstrução das Constituições que eram vigentes nos países para que pudessem evitar a passagem daqueles movimentos ocasionados à época novamente, além disso, com base no constitucionalismo se fez uma nova forma de organização política, surgindo o constitucionalismo que faz com que as garantias estejam findadas na lei, devendo o mesmo ser obedecida e a democracia no qual o poder emana do povo.

Por uma análise histórica, no século XX tiveram três momentos em que houve surgimentos de Tribunais Constitucionais, sendo o primeiro antes da Segunda Guerra Mundial, graças aos efeitos causados pela primeira, surgindo a Corte da Tchecoslováquia (hoje dividida em República Tcheca e República da Eslováquia) e a da Áustria, sendo as duas datadas do ano de 1920.

Seguindo o raciocínio, o segundo momento foi pós-segunda Guerra em que com a consolidação dos tribunais, teve a origem da extinta Áustria em 1945, Alemanha, França e por fim da, hoje já extinta, Jugoslávia.

A terceira fase teve como principal característica a ruptura de sistemas autocráticos e assim houve a redemocratização. Deste modo temos países como: Espanha, Hungria, Grécia, Tchecoslováquia (extinta), Bósnia e Herzegovina. O reflexo desse sistema na América Latina foi a criação do sistema de fiscalização, já abordado

por este ato, em que se denomina controle concentrado e difuso de constitucionalidade.<sup>70</sup>

### 6.1. O papel para a garantia da Democracia por meio da Separação Natural dos Poderes

Como já foi objeto de análise anteriormente, como forma de inibir governos autoritários, fazendo com que houvesse uma maior garantia ao povo, a fim de não ter seus direitos fundamentais novamente reprimidos e violados, surgem ideais de que com base em alguns filósofos, houve a fundamentação da concepção de que, havendo uma separação dos poderes (*Trias Política*), intermediada por Aristóteles, Locke e Montesquieu seria a melhor forma de fazer com que uma esfera não interferisse na outra, como idealizador inicial Aristóteles profere:

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.<sup>71</sup>

Assim, fica evidente que a ideia utilizada por ele na época tem sua utilidade nos dias atuais, em que, existe o caráter consultivo que relata sobre as leis, guerras e afins, outro que trata do judiciário e por fim temos quem ficará encarregado de cuidar da administração da sociedade.

Posteriormente o primeiro a concretizar a ideologia da separação dos Três Poderes é o filósofo Locke, Legislativo, Executivo e Judiciário, também prevendo uma eventual possibilidade de um quarto poder.

---

<sup>70</sup> FIX-ZAMÚDIO, Hector. Los Tribunales y Salas Constitucionales en América Latina. 2016. p.60.

<sup>71</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio Teoria geral do Estado. — 3. ed. — Barueri, SP: Manole, 2010. p.44.

Por fim, influenciado pelos pensamentos de Aristóteles e Locke, Montesquieu realiza a produção da obra *De l'esprit de lois* (O espírito das leis<sup>72</sup>), discorrendo sobre as características dessa idealização de tripartição dos Poderes, em que a população exerce seu Poder e sua vontade através de seus representantes, como pode ser vislumbrado:

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.<sup>73</sup>

A consagração dessa divisão supracitada se teve com o advento da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, na França em 1789, cujo seu artigo 16 previa: *“Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”*<sup>74</sup>.

No Brasil está previsto constitucionalmente a teoria de separação dos Poderes para que o fenômeno do *checks and balances* possa prevalecer.

---

<sup>72</sup> O espírito das leis / Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. - São Paulo: Martins Fontes, 1996. - (Paidéia).

<sup>73</sup> MONSTESQUIEU, op. cit., p. 167 e 168.

<sup>74</sup> A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

## 6.2. Sistema Republicano e seu viés garantista da Democracia

A idealização de República se deu na antiga Roma, por volta do Século I a.C., no qual teve como líder desse pensamento o jurista, Marco Túlio Cícero, que teve uma célebre frase “*res publica est res populi*”<sup>75</sup>.

Para Cícero, a forma de governo republicana percorre inúmeras outras formas de governo como a aristocracia, democracia e até mesmo a monarquia, pegando o que cada governo possibilita de mais vantajoso para a população, contudo para ele, o grande viés republicano é garantir a justiça, o ser justo, através de que, por meio das decisões legislativas serem feitas pela maioria, pelo povo, não haveria possibilidade de ser injusta com ninguém, caso que se fosse o oposto, um terceiro legislando, poderia ser injusta para algumas pessoas, algo que não é buscado.

A vontade do povo deve ser suprema e respeitada, deve se sobressair perante a vontade privada, individual.

Como fundamentos e princípios trazidos desde a antiguidade, época esta que lecionava o pensador Marco Túlio, de que com o intuito de garantir uma maior liberdade aos povos, sempre respaldados em liberdade e justiça, algo que já era buscado na antiga população ateniense, que ia para as praças públicas legislar, ou seja, criar as leis de acordo com a sua vontade, com a adaptação para os dias atuais de que não haveria as mínimas condições de conseguir reunir toda a população de um país, sendo estas representados por membros eleitos pelo povo para ocupar o Poder Legislativo, no caso do Brasil temos a existência do Congresso Nacional.

## 6.3. Cortes e Tribunais estrangeiros a luz do Direito Comparado

As chamadas Cortes ou Tribunais Constitucionais são órgãos que estão entre as divisões dos Poderes dos Estados, sendo estes órgãos autônomos, variando as formas de que ocorrem o seu funcionamento de acordo com cada país.

---

<sup>75</sup> “A coisa pública é a coisa do povo”.

Deste modo, com o intuito nos tópicos seguintes, passaremos a discorrer sobre o direito comparado, assimilando também sobre o grande risco de violação dos dispositivos constitucionais.

Contudo, *a priori*, se faz necessário uma análise sobre os Tribunais Internacionais para uma melhor compreensão dos reflexos das Cortes Constitucionais em cada caso específico que será tratado.

### **6.3.1. Tribunais Internacionais**

Ao se tratar sobre os Tribunais Constitucionais, preliminarmente, deve se fazer uma concepção sobre a sua intenção e o porquê de sua existência, deste modo, os Tribunais Constitucionais existem para efetivar a proteção aos Direitos Humanos, no qual os Estados que são signatários devem se submeter as Convenções estabelecidas e assim, caso o mesmo venha a violar algumas dessas normas, seja ela direta ou indiretamente, será julgada pelo Tribunal.

Como o primeiro órgão a ser analisado, temos aquela que é conhecida como guardiã da paz, tendo como seu papel reger e garantir que haja a paz e segurança internacional, com esse propósito com a ajuda do magnata John Rockefeller, surge a Organização das Nações Unidas (ONU).

Com um viés universal, tendo como 193 Estados signatários, a ONU ocupa um importante papel acerca da garantia da paz mundial, em que para que ocorra a sua filiação o Estado deve se comprometer com o tratado que é denominado Carta da ONU, estabelecendo direitos e deveres dos seus Estados-membros.

Vale destacar que na América, existe uma Corte Internacional que rege a defesa dos Direitos Humanos, tendo como base a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José Da Costa Rica.

A Convenção determina direitos e deveres dos Estados signatários, primeiro expõe as obrigações de cada Estado, posteriormente estabelece direitos e liberdades que devem ser respeitados e tidos como primazia no que tange direitos relativos à pessoa humana. Tendo como órgão regente desse Tratado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), no qual existe um âmbito organizacional chamado Organização dos Estados Americanos.

Buscando a efetivação dos direitos inerentes à pessoa humana o a SIDH criou duas instituições que tem como papel a regência e a busca para que as normas sejam efetivadas, dividindo-se em Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) responsável pela inspeção, fiscalização e análise de processos submetidos para que sejam feitos uma espécie de peneira e caso se constate violações, preliminarmente seja feita uma negociação com o Estado que tenha violado esses preceitos garantidos pela Convenção e assim não haja a necessidade de dar prosseguimento ao trâmite, caso haja a necessidade de dar prosseguimento, o caso é levado a segunda instituição criada: a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A função da Corte Interamericana consiste em ser responsável por julgar violações cometidas pelos seus Estados signatários tendo como respaldo a Convenção Americana, propondo na análise de seus casos recomendações para que possam vir a evitar novas afrontas e violações sobre aquele tema debatido em questão.

Para que ocorra uma denúncia a ser apreciada pelos dois institutos supracitados, qualquer pessoa, organização, seja em nome de si mesmo ou de um terceiro prejudicado. Vale ressaltar que haverá uma análise como requisito de admissibilidade, preenchendo os requisitos, o caso será repassado a Comissão para a sua deliberação.

Como prolatado no começo deste tópico, a Corte Interamericana rege os países que pertencem a América, ao redor do mundo existem outros dois Tribunais, sendo eles a Corte Europeia de Direitos Humanos e por último a Corte Africana de Direitos Humanos.

### **6.3.2. Corte Constitucional da África do Sul**

A origem da Corte Constitucional da África do Sul, se deu por intermédio da primeira Constituição democrática do país, data de 1994, sendo um marco histórico

após o fim da segregação racial que ocorreu no país, mundialmente conhecida como *Apartheid*, tendo como membros julgadores, a composição de onze juízes.<sup>76</sup>

Para que um juiz possa vir a compor a Corte, ele passa por um processo de seleção e compõe uma lista que é elaborada pela Comissão de Serviço Judicial (*Judicial Service Commission*), oriunda de uma consulta realizada pelo Juiz Presidente da Corte e também pelos partidos membros do Parlamento Africano. Feito isso, a lista será levada ao Presidente da República para que seja feita a escolha, Newton Tavares Filho ressalta:

[...] os juízes são nomeados pelo Presidente da República, após consulta ao Juiz Presidente da Corte Constitucional e aos líderes dos partidos políticos representados no Parlamento, a partir de uma lista com três ou mais nomes, elaborada pela Comissão de Serviço Judicial (*Judicial Service Commission*).

Mandato: de 12 a 15 anos, não renovável.

Impedimentos: os juízes não podem ser membros do Parlamento, do Governo ou de partidos políticos.<sup>77</sup>

Deste modo, como bem-dito pelo autor, o prazo de mandato dos juízes é de 12 a 15 anos, não podendo ser renovado.

Assim como o Brasil, a Corte Africana possui responsabilidade de realizar um controle de constitucionalidade, por meio de ação direta. Vale ressaltar que em casos excepcionais, há a possibilidade de ocorrer um controle difuso de constitucionalidade, desde que seja respeitado o devido caráter de admissibilidade para que possa ocorrer a admissão da mesma.

### 6.3.3. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

Com o advento da Lei Federal da República da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), em 1949 estabeleceu a criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), sendo composto por duas câmaras, tendo em sua totalidade a composição de dezesseis juízes.

---

<sup>76</sup> ÁFRICA DO SUL. *Constitutional Court of South Africa*. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm> (Acesso em 20/10/22).

<sup>77</sup> FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 21.

As câmaras são denominadas em Senados, sendo assim, Primeiro Senado (*Ersten Senats*) e consecutivamente Segundo Senado (*Zweiten Senats*). Sua composição ocorre mediante indicações, sendo metade feita pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e o restante feito pelo Conselho Federal (*Bundesrat*)<sup>78</sup>.

Por meio desta, Tavares Filho aduz:

[...] dezesseis membros, divididos em dois Senados de mesma hierarquia, com oito integrantes cada.

Investidura: em cada Senado, três juízes serão escolhidos dentre os integrantes dos tribunais federais superiores, que exerçam o cargo há mais de 03 anos, e os demais, livremente. A eleição dos juízes é feita metade pelo Parlamento Federal (*Bundestag*) e metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*), por maioria de dois terços. Não obstante o componente político da escolha, os juízes têm mostrado grande independência ante as autoridades nomeantes.<sup>79</sup>

Ao se referir a divisão entre Primeiro e Segundo Senado, Louis Favoreu aduz:

[...] a divisão do Tribunal em duas câmaras é bem marcada. De fato, cada juiz é eleito para ocupar um lugar em uma determinada câmara e não há possibilidade de troca; além disso, cada câmara é presidida pelo Presidente ou Vice-presidente; enfim, a cada uma é atribuída uma função específica (embora haja tendência para atenuar esta especificidade). Tanto isso é verdade que essas duas câmaras 'formam praticamente dois tribunais distintos'. As atribuições conferidas às seções de três juízes, criadas em 1.985, dentro de cada câmara, tendem a aumentar. O Tribunal Constitucional goza de uma total autonomia no plano administrativo e financeiro. Ele não depende do Ministério da Justiça para seus quadros; seu orçamento é separado dos demais órgãos constitucionais.<sup>80</sup>

No que tange a composição dos juízes, do total, seis devem ser juízes federais, ou seja, três de cada câmara, tendo como requisito para a admissão, ter exercido no mínimo três anos em jurisdições superiores, tendo como limite máximo de mandato 12 anos.

Sobre as formas de se acontecer as decisões, originadas do Tribunal, Luís Afonso Heck profere:

---

<sup>78</sup> ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Disponível em <http://www.bverfg.de/index.html> (Acesso em 20/10/22).

<sup>79</sup> FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 9.

<sup>80</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Editora: Landy, São Paulo, 2.004. Página(s) 61-62.

[...] ele é a instância suprema em questões de direito federal e, com isso, 'guarda da constituição' no verdadeiro sentido da palavra. As decisões do Tribunal Constitucional Federal e as ordens por ele decretadas para a sua execução devem ser vinculativas para todos os tribunais e outras autoridades. Na medida em que constatarem a nulidade de uma lei ou parte dela, as suas decisões possuirão força de lei e serão publicadas tal como a lei.<sup>81</sup>

Assim para que o Tribunal possa exercer o seu papel, necessita que haja uma devida provocação, não podendo exercer suas atividades por iniciativa própria, conforme nos esclarece o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal pátrio, Gilmar Ferreira Mendes:

O Bundesverfassungsgericht somente atua mediante provocação. O princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação de órgão decisório como um Tribunal. A forma judicial constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político. Enquanto o Parlamento pode decidir livremente quando uma determinada matéria será disciplinada por lei, ao Bundesverfassungsgericht é vedado tomar iniciativas próprias.<sup>82</sup>

Contudo, mesmo necessitando de provocação para que o mesmo possa vir a desempenhar as suas funções, ele é um órgão autônomo, estabelecido pela própria legislação alemã, assim Konrad Hesse afirma:

O Tribunal Constitucional Federal é, diante de todos os órgãos constitucionais restantes, um tribunal da federação, autônomo e independente (§1º da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A igualdade de hierarquia de sua situação ao lado dos outros órgãos da federação superiores e sua particularidade diante daquela de outros tribunais encontram também expressão nisto, que a administração do Tribunal Constitucional Federal é independentizada e não está subordinada à direção de um ministério, que o Tribunal Constitucional Federal tem um plano individual autônomo no plano orçamentário da federação, que a situação jurídica de seus juizes é regulada desviantemente daquela dos juizes restantes (comparar §3º e seguintes, 98 e seguintes, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, e §69 da Lei sobre o Estatuto da Magistratura Alemã) e que, correspondente à regulação para o Parlamento Federal e Conselho Federal, o presidente do Tribunal Constitucional Federal é autoridade responsável suprema e superior hierárquico dos funcionários e empregados do Tribunal Constitucional Federal.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.995. Página(s) 86-87.

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. Editora: Saraiva, São Paulo, 1.999. Página(s) 84-85.

<sup>83</sup> HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.998. Página(s) 487-488.

A defesa empregada em garantir que os preceitos constitucionais não sejam violados, na Alemanha, ocorre por meio do controle de constitucionalidade concentrado, tanto antes da vigência de uma lei, quanto depois que a mesma é promulgada.

As hipóteses do referido controle ocorrem tanto de modo para efetivar uma norma ou não.

De mesmo modo que ocorre no Tribunal Africano, em casos excepcionais, pode se observar a incidência do controle difuso de constitucionalidade, tendo como denominação recurso constitucional remetido para julgamento, no que tange a possível violação de direitos fundamentais.

#### **6.3.4. Corte Suprema de Justiça da Argentina**

Possuindo em sua totalidade cinco juízes, por consequência de uma alteração legislativa ocorrida no ano de 2006, a Corte Suprema de Justiça da Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*) é o órgão máximo do Poder Judiciário do país em questão.

Tendo como mandato máximo de cinco anos, sendo possível recondução<sup>84</sup>, cujo requisito para que haja a nomeação é nos casos em que o magistrado tenha desempenhado no mínimo oito anos de profissão.

A forma de controle de constitucionalidade que ocorre na Argentina é o controle difuso, restringindo os efeitos as partes do processo que está tendo o seu caso apreciado, conforme ressalta Zeno Augusto Bastos Veloso:

[...] o controle de constitucionalidade argentino é judicial e difuso, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, federal ou provincial, tendo a decisão eficácia *inter partes* e não *erga omnes*, podendo a Corte Suprema resolver definitivamente a controvérsia, através de recurso extraordinário, mas a sentença só declara a inconstitucionalidade da lei, e sua respectiva

---

<sup>84</sup> ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. Disponível em <http://www.csjn.gov.ar/> (Acesso em 20/10/22).

inaplicação, com relação a questão *sub judice*, não tendo efeito geral, nem força vinculante.<sup>85</sup>

Ainda sobre essa alçada Norbert Losing aduz:

Tanto los demandantes como también los demandados pueden denunciar en cualquier proceso la inconstitucionalidad de una norma, una actuación o una omisión. Si el juez acoge la correspondiente solicitud, podrá declarar la inconstitucionalidad de la correspondiente norma, actuación u omisión y en consecuencia decidir. Esa decisión tendrá entonces efecto inter partes. A pesar de esta posibilidad general de control constitucional en Argentina también existen determinados procesos para el cumplimiento de los derechos fundamentales y para la determinación de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de las normas.<sup>86</sup>

O controle de constitucionalidade argentino é descentralizado, ou seja, não cabe somente a Corte Suprema, sendo possível outros órgãos judiciários se manifestarem, alegando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei.

### 6.3.5. Tribunal Constitucional da Áustria

Tendo como ano de sua constituição, 1920, o Tribunal Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof Österreich*), oriundo da Constituição da Primeira República Austríaca, possui um total de quatorze membros, mais seis suplentes. Sendo composto por meio de escolhas feitas pelo Parlamento (*Österreichisches Parlament*) e pelo Governo Federal (*Österreichische Bundesregierung*).<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> VELOSO, Zeno Augusto Bastos. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Editora: CEJUP, Belém, 1.999. Página(s) 41.

<sup>86</sup> “Tanto os demandantes como também os demandados podem denunciar em qualquer processo a inconstitucionalidade de uma norma, uma ação ou uma omissão. Se o juiz acolhe a correspondente solicitação, poderá declarar a inconstitucionalidade da correspondente norma, ação ou omissão e em consequência decidir. Essa decisão terá então efeito *inter partes*. Apesar de esta possibilidade geral de controle de constitucional na Argentina também existem determinados processos para o cumprimento do direitos fundamentais e para a determinação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade das normas.” LOSING, Norbert. *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Editora: Dykson, Madrid, 2.002. Página(s) 219.

<sup>87</sup> ÁUSTRIA. Verfassungsgerichtshof Österreich. Disponível em <https://www.vfgh.gv.at/index.de.html> (Acesso em 20/10/22).

Como forma de melhor elucidar a respeito do funcionamento e efeitos gerados pelas decisões Newton Tavares Filho aduz:

[...] controle abstrato concentrado de constitucionalidade de leis federais e regionais e de tratados internacionais, mediante provocação dos órgãos estatais constitucionalmente legitimados; guardião das liberdades constitucionais, mediante recurso, interposto por qualquer do povo que afirme ter tido seus direitos individuais lesionados por ato administrativo inconstitucional (controle concreto, com proteção difusa dos direitos fundamentais); excepcionalmente, controle preventivo de constitucionalidade quanto à repartição de competências dos entes federados; competências não ligadas à jurisdição constitucional (julgamento de crimes de responsabilidade, conflitos de competência, recursos administrativos, impugnações eleitorais e perda de mandato eletivo).

[...]

Efeitos das decisões: erga omnes, ex nunc, repristinatórios e vinculantes para o Judiciário e Executivo. Há entretanto, a possibilidade de retardar por até dezoito meses os efeitos das decisões.<sup>88</sup>

Há de se atentar que um dos grandes influenciadores da criação do Tribunal Austríaco foi Hans Kelsen, sendo um dos principais idealizadores do controle de constitucionalidade concentrado.

### 6.3.6. Suprema Corte do Canadá

A mais elevada corte do Canadá é a Suprema Corte do Canadá (*Supreme Court of Canada / Cour Suprême du Canada*), maior grau de jurisdição do Poder Judiciário, composta por nove membros, estes sendo indicados pelo Gabinete (*Cabinet of Canada / Cabinet du Canada*) e tendo a sua nomeação feita pelo Governador-Geral (*Governor General of Canada / Gouverneur Générale du Canada*), tendo como sua origem o Ato Institucional que originou o domínio do Canadá, sua independência, de 1867 (1867) (*The British North America Act*), quanto a sua composição, vale ressaltar, que dentre a totalidade, obrigatoriamente três devem pertencer a província de Québec.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 07-08.

<sup>89</sup> CANADÁ. *Supreme Court of Canada*. Disponível em <http://www.scc-csc.ca/home-accueil/index-eng.aspx> (Acesso em 20/10/22).

Como melhor forma de elucidar a constituição e os atributos da Suprema Corte do Canadá, Newton Tavares Filho profere:

[...] controle incidental de constitucionalidade; competência recursal geral quanto às decisões dos tribunais federais e provinciais; competência consultiva quanto às questões de constitucionalidade da legislação federal ou provincial, repartição de competências federativas e entre os Poderes, dentre outras. O recurso à Corte, que é competente tanto para o *common law* das províncias anglófonas, quanto para o sistema romano-germânico adotado no Québec, é sujeito a um juízo de relevância (*leave to appeal*).<sup>90</sup>

No que tange ao seu sistema utilizado, há a incidência tanto do *common law* quanto do *civil law*, visto que ao longo de sua história teve como vínculo tanto a França quanto a Grã-Bretanha, sendo o primeiro responsável pelo *civil law*, por conta do *Coutume de Paris* e o segundo, *common law*, por influência da Grã-Bretanha.

### 6.3.7. Tribunal Constitucional do Chile

Com a promulgação ocorrida em 1980, a Constituição do Chile (*Constitución Política de la República de Chile*), estabeleceu o maior órgão jurisdicional chileno, o Tribunal Constitucional do Chile (*Tribunal Constitucional de Chile*).

O órgão em questão possui uma totalidade de dez ministros, destes, quatro são nomeados pelo Senado, três pelo Presidente da República e dois por meio de uma proposta oriunda da Câmara dos Deputados e, por fim, três são designados por meio do escrutínio secreto, pela Corte Suprema<sup>91</sup>, conforme aduz Tavares Filho:

Composição: dez Ministros.  
Investidura: três Ministros são de livre designação pelo Presidente da República; quanto são eleitos pelo Congresso, sendo dois nomeados diretamente pelo Senado e dois nomeados pelo Senado mediante proposta da Câmara dos Deputados; três são designados diretamente pela Corte Suprema, em votação secreta.  
[...]

<sup>90</sup> FILHO, Newton Tavares. Op. Cit. Página(s) 06.

<sup>91</sup> CHILE. *Tribunal Constitucional de Chile*. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/> (Acesso em 20/10/22).

Mandato: 09 anos, vedada a recondução, com aposentadoria compulsória aos 75 anos. O Tribunal renova-se parcialmente a cada 03 anos.<sup>92</sup>

Esclarecendo sobre a competência do Tribunal, o autor supracitado complementa:

[...] controle concentrado de constitucionalidade preventivo e posterior, abstrato e concreto, de normas legais e regulamentares (decretos e resoluções). O controle repressivo se exerce por via de requerimentos de inaplicabilidade (via incidental e concreta) ou por ações de inconstitucionalidade (via abstrata). O controle preventivo pode ser facultativo, a requerimento das autoridades legitimadas, ou obrigatório, quanto as leis interpretativas da constituição, leis orgânicas constitucionais e tratados internacionais que contenham normas próprias destas últimas. O Tribunal controla preventiva e facultativamente os projetos de reforma constitucional e os tratados internacionais submetidos à apreciação do Congresso. Decide também questões de constitucionalidade relativas aos acórdãos dos Tribunais Superiores de Justiça (Corte Suprema e Cortes de Apelação) e do Tribunal Qualificador de Eleições. Outras competências: julgamento de conflitos de competências entre autoridades judiciais e políticas ou administrativas; apreciação de inabilitações, incompatibilidades e causas de cessação de mandatos eletivos; declaração de inconstitucionalidade de organizações, movimentos ou partidos políticos, assim como julgamento das autoridades públicas que deram causa a essa inconstitucionalidade.<sup>93</sup>

O Tribunal adota as duas formas de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, gerando a incidência de um modelo híbrido de constitucionalidade, com efeito *inter partes* ou *erga omnes*, a depender de cada situação.

### 6.3.8. Corte Constitucional da Colômbia

Com o advento da Constituição Colombiana de 1991 (*Constitución Política de Colombia*), ocorreu a criação da Corte Constitucional da Colômbia (*Corte Constitucional de Colombia*), composta por nove juizes, tendo como indicação feita pela Corte Suprema, Presidente da República e Conselho de Estado, feito isso,

---

<sup>92</sup> FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 16-17.

<sup>93</sup> FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 17.

nomeados pelo Senado, tendo como mandato de oito anos sem previsão de renovação.<sup>94</sup>

Sua forma de controle de constitucionalidade ocorre por meio misto ou híbrido, assim aduz Newton Tavares Filho:

[...] controle concentrado e difuso de constitucionalidade (este último recursal, apenas quanto a direitos constitucionais) de leis, decretos com força de lei e atos legislativos de reforma da constituição; julgamento da constitucionalidade da convocação de referendo ou Assembleia Constituinte para a reforma da constituição, de referendos e plebiscitos nacionais; controle de constitucionalidade dos decretos governamentais durante o estado de exceção; controle preventivo de constitucionalidade.<sup>95</sup>

Quanto ao controle supramencionado, após a decisão da Corte, há a possibilidade de revisão a ser feita pelo Congresso Nacional, definindo assim de forma definitiva no que tange a constitucionalidade da norma a ser enfrentada.

### **6.3.9. Suprema Corte dos Estados Unidos da América**

O maior tribunal jurisdicional americano, consiste na Suprema Corte dos Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*), sendo constituída em 1787 com o advento da Constituição do país. Sua totalidade é de nove juízes, cuja escolha e investidura se dá por meio do Presidente da República, sendo que para tal ato deva ocorrer uma aprovação do nome proposto pelo Senado, não possuindo prazo para término das funções.<sup>96</sup>

No tocante aos efeitos gerados pelas decisões da Suprema Corte Americana, Newton Tavares Filho aduz:

[...] competência originaria como tribunal da Federação e em causa envolvendo o corpo diplomático estrangeiro; competência recursal de judicial review (controle de constitucionalidade), realizado no modo difuso. Quanto a esta última, apenas uma ínfima parcela dos casos que chegam à Corte são ali aceitos e decididos. A Suprema Corte americana recebe mais de 10.000

---

<sup>94</sup> COLÔMBIA. *Corte Constitucional de Colombia*. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/> (Acesso em 20/10/22).

<sup>95</sup> FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 18.

<sup>96</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/index.html> (Acesso em 20/10/22).

causas por ano. Desse total, cerca de 100 são levadas ao julgamento do Plenário, sendo que em apenas 80-90 são prolatadas decisões escritas formais (plenary review). Em outras 50-60 causas adicionais, a Corte prolata somente decisões abreviadas (per curiam). Para que uma causa seja admitida, é necessário que a Corte conceda o writ of certiorari (carta requisitória ao tribunal inferior), mediante aprovação de quatro de seus nove Justices, a partir de uma lista de seleção elaborada pelo Chief Justice.

[...]

Efeitos da decisão: sendo uma jurisdição de Common Law, as decisões da Suprema Corte americana formam precedente (binding precedente) e são de obediência obrigatória para todos os tribunais dos Estados Unidos, com fundamento na doutrina stare decisis. De outra parte, a Corte permanece fiel à tradição de não modificar sua jurisprudência (overruling) senão quanto há sérias e fundadas razões para tanto.<sup>97</sup>

Conforme já mencionado anteriormente neste ato, com base na análise do *leading case* Marbury vs. Madison, o controle utilizado pela Corte abordada neste subtópico se refere ao controle difuso de constitucionalidade, devendo primeiro haver a criação e vigência da norma para que assim possa ocorrer a repressão pela Corte.

### 6.3.10 Conselho Constitucional da França

Tendo como sua criação em 1958, com o advento da Quinta República francesa (*Cinquième République*), o Conselho Constitucional da França (*Conseil Constitutionnel de la République Française*) foi instaurado. Assim, sua composição decorre de nove membros, estes nomeados pelo Presidente da República, Presidente do Senado e o Presidente da Assembleia Nacional, tendo como o seu mandato a vigência de nove anos.<sup>98</sup>

Além de que, há a presença de membros nomeados por Presidentes da República anteriores, estes em específico possuindo uma função vitalícia, acerca dos membros Louis Favoreu aduz:

Os membros do Conselho Constitucional são nomeados por 09 anos, na proporção de três pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Assembleia Nacional. Sendo um terço de

---

<sup>97</sup> FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 05-06.

<sup>98</sup> FRANÇA. *Conseil Constitutionnel*. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/> (Acesso em 20/10/22).

sua composição renovável a cada 03 anos, cada autoridade designa um membro de 03 em 03 anos, o que assegura uma certa continuidade e também diversidade de origens.<sup>99</sup>

Vale ressaltar que a natureza predominante no Conselho é política, conforme aduz Mauro Cappelletti:

É suficientemente clara - e, de resto, mais ou menos reconhecida por numerosos estudiosos franceses - a natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo Conselho Constitucional: e isto não apenas, como escreve um autor, pela natureza antes política, que judiciária do órgão, natureza que se revela quer, na escolha e no status dos membros que dele fazem parte, quer, sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar, mas também e especialmente pelo caráter necessário, pelo menos no que diz respeito às leis orgânicas, do controle que se desenvolve, portanto sem um verdadeiro recurso ou impugnação de parte, bem como pelo caráter preventivo da função de 'controle' por aquele órgão exercida. Tal função vem, na verdade, a se inserir - necessariamente no que concerne às 'leis orgânicas', e somente à instância de certas autoridades políticas, no que se refere às outras leis - no próprio iter da formação da lei na França é, afinal de contas, não um verdadeiro controle da legitimidade constitucional de uma lei para ver se ela é ou não é válida e, por conseguinte, aplicável, mas, antes, um ato que vem a se inserir no próprio processo de formação da lei - e deste processo assume, portanto, a mesma natureza.<sup>100</sup>

Analisando o efeito gerado pelas decisões do Conselho, observa-se que o controle de constitucionalidade utilizado é o concentrado, conforme demonstra Newton Tavares Filho:

Competência: controle de constitucionalidade abstrato e preventivo de leis, regulamentos das Assembleias Parlamentares e tratados internacionais; juiz de repartição de competências legislativas, juiz de repartição de competências entre o governo central e as comunidades ultramarinas (Polinésia Francesa, Saint-Barthélemy e Saint-Martin); controle da regularidade das eleições; competência consultiva quanto à instauração de medidas de exceção pelo Presidente da República e em matéria eleitoral. Efeitos das decisões: erga omnes e vinculantes para a Administração e o Judiciário. Entretanto, se o Conselho permite a promulgação de uma lei apenas quanto se dê a esta uma determinada interpretação (interpretação segundo a Constituição), a ausência de controle a posteriori pode permitir que os juízes interpretem a norma como quiserem, neutralizando a decisão superior.<sup>101</sup>

Conclui-se que, a análise deve ser feita antes da vigência da norma.

<sup>99</sup> FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Editora: Landy, São Paulo, 2.004. Página(s) 94.

<sup>100</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.999. Página(s) 29.

<sup>101</sup> FILHO, Newton Tavares. Tribunais Constitucionais. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 09.

### 6.3.11. Suprema Corte do Japão

Através da promulgação da Constituição do Japão, em 1947, também conhecida como Constituição Pacifista (*Heiwa-Kenpō*), ocorreu a criação da Suprema Corte do Japão, tendo como totalidade de quinze juízes e subdividindo-se em três câmaras, cuja nomeação ocorre por meio do Gabinete, deste que haja a aprovação do Imperador.<sup>102</sup>

Deste modo, para uma melhor compreensão, Tavares Filho ressalta:

[...] os juízes são nomeados pelo Gabinete, mediante atestação do Imperador. Vale destacar que a nomeação dos magistrados da Suprema Corte é sujeita a referendo popular na primeira eleição geral seguinte à investidura no cargo, repetindo-se a cada 10 anos.

Presidente da Suprema Corte: nomeado pelo Imperador, segundo indicação do Gabinete.

Requisitos capacitários: os juízes devem ser nomeados dentre pessoas com larga experiência jurídica. No mínimo dez juízes são escolhidos dentre aqueles que tenham se distinguido como juízes, promotores, advogados ou professores de Direito; os restantes não necessitam ser juízes.

Idade mínima ou máxima: aposentadoria compulsória aos 70 anos.<sup>103</sup>

A forma de controle exercido pela Suprema Corte do Japão é o sistema de controle difuso de constitucionalidade, como ressalta Tavares Filho:

[...] controle difuso de constitucionalidade; competência recursal ordinária, como instância final no sistema judicial japonês; julgamento de impeachment dos comissários do órgão de administração de pessoal, composto por três comissários nomeados pelo Gabinete, mediante aprovação da Dieta e atestação do Imperador.<sup>104</sup>

Por fim, vale enaltecer que, não existe a previsão de que haja o reconhecimento de precedentes, contudo, há uma praxe de que os tribunais inferiores seguem os posicionamentos derivados da Suprema Corte japonesa.

---

<sup>102</sup> JAPÃO. *Supreme Court of Japan*. Disponível em <http://www.courts.go.jp/english/> (Acesso em 20/10/22).

<sup>103</sup> FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 20.

<sup>104</sup> FILHO, Newton Tavares. *Tribunais Constitucionais*. Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009. Página(s) 21.

## 7. CONCLUSÃO

Com o grandioso avanço da Judicialização, respaldado por dispositivos presentes na magna-carta faz com que não ocorra ilegitimidade por meio dos atos do fenômeno.

No entanto, temos esse grandioso protagonismo como algo a ser observado, visto que, cada vez mais o Judiciário vem ganhando poder, já existindo casos de violação de preceitos fundamentais, de regras do ordenamento pátrio sobre a primazia de que em virtude de uma suposta defesa à interesses, essa atuação se torna justa.

No Brasil, tivemos casos em que o Supremo Tribunal Federal ultrapassou regras de ordenamento pátrio, inclusive estando presente no rol mais importante da Constituição, artigo 5º, em que se tratando de matéria Penal, a responsabilidade de legislar e culminar pena se vale somente por dispositivo legal, cuja responsabilidade e legitimidade de criação se faz única e exclusivamente por outro poder, mesmo que seja em caráter analógico.

Como se não bastasse o problema de insegurança jurídica, a parte de tomar para si temas que fogem de sua alçada, das mais variadas formas e nichos possíveis, faz com que ocorra um congestionamento das demandas e de processos a serem analisados pelo Pretório Excelso, aumentando o tempo para a solução dos conflitos, algo que já é nítido e está cada vez mais piorando.

A história como um todo demonstra que a ideia do *checks and balances* é uma forma de garantir a ordem e evitar períodos sombrios, como dito no começo desta exposição, passamos por inúmeros períodos da história em que primeiro tivemos o Executivo como protagonista em atrocidades e violações, sendo seguido pelo Legislativo e agora estamos diante de uma emitente atuação e possivelmente triste exibição do Judiciário.

Há contido na carta, inúmeras formas de fazer com que essas violações sejam resolvidas, que o judiciário atue, mas não de forma extremamente direta, ditando as regras, mas em parceria com os outros poderes.

Vale ressaltar que formas que garantem uma maior celeridade das Cortes estão presentes inclusive na América Latina, como é o caso da Colômbia, com o chamado Processo Constitucional, algo que poderia ser adotado pelo ordenamento

pátrio afim de que, com a instituição de salas constitucionais teríamos maior celeridade e segurança tendo em vista a vasta gama de assuntos tratados pela Corte.

No mais, o grandioso aumento das demandas judiciais atrelados com os mais variados assuntos e esferas devem servir como um alerta para que não esteja defronte a um novo colapso da ordem mundial.

Deveras, que no que tange a influência do chamado Constitucionalismo Abusivo, refere-se a governos que com um suposto respaldo no texto constitucional, realiza as suas vontades.

Como exemplo, na Rússia houve uma ruptura dos modelos de Estado no que se refere a permanência do Poder do Presidente. Algo que antes não era previsto, hoje não existe um impedimento do número de vezes que o Presidente pode permanecer no cargo, gerando uma espécie de ditadura soviética, tendo em vista que se mostra no mínimo estranho os resultados daqueles que se contrariam ao governo Putin.

Assim, há de se atentar que hoje, no Brasil, por meio de um ativismo desenfreado, sobre o argumento de que estaria respeitando os preceitos constitucionais, se valendo da vontade do constituinte, priorizando os interesses sociais, ou seja, argumentos usados em casos de abuso do constitucionalismo, o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais atua sobre os mais variados temas.

Devendo assim, gerar um alerta acerca dos perigos eminentes a democracia e as estruturas do Estado Democrático de Direito.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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).

ÁUSTRIA. **Verfassungsgerichtshof Österreich**. Disponível em <https://www.vfgh.gv.at/index.de.html> (Acesso em 20/10/22).

ÁFRICA DO SUL. **Constitutional Court of South Africa**. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm> (Acesso em 20/10/22).

ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht**. Disponível em <http://www.bverfg.de/index.html> (Acesso em 20/10/22).

ARGENTINA. **Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina**. Disponível em <http://www.csjn.gov.ar/> (Acesso em 20/10/22).

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 15/09/22).

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Editora: Almedina, Coimbra, 1.994.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. Editora: Armador, Recife, 2.017.

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 09/10/22).

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, 2.010. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230> (Acesso em 05/08/22).

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Universidade do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2.008. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> (Acesso em 10/06/22).

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 19/10/2022).

BEZERRA, Juliana. **Independência dos Estados Unidos (1776)**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/independencia-dos-estados-unidos/> (Acessado em 19/10/22).

BEZERRA, Juliana. **Iluminismo**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/iluminismo/> (Acessado em 19/10/22).

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Editora: Renovar, Rio de Janeiro, 2.014.

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.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Universidade de Brasília, Brasília, 1.986.

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.

CANADÁ. **Supreme Court of Canada**. Disponível em <http://www.scc-csc.ca/home-accueil/index-eng.aspx> (Acesso em 20/10/22).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Editora: Almedina, Coimbra, 2.003.

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. **A Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Grupo GEN, 2014. 978-85-309-5776-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/>. (Acesso em: 15/10/22).

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.999.

CASTRO, Marcos Faro. **Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, 1.997.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. Presidente Prudente, 2.015.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional de Colombia**. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/> (Acesso em 20/10/22).

CHILE. **Tribunal Constitucional de Chile**. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.cl/> (Acesso em 20/10/22).

CHIMITI, Willian. Do constitucionalismo antigo ao contemporâneo. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/constitucionalismo-antigo-ao-contemporaneo/> (Acessado em 08/09/2022).

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

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.014.

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, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro.** Editora: Juruá, Curitiba, 2.010.

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

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.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Supreme Court of the United States.** Disponível em <https://www.supremecourt.gov/index.html> (Acesso em 20/10/22).

ELSTER, Jon. **Constitutionalism and Democracy.** Cambridge University Press, Cambridge, 1.988.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** Editora: Landy, São Paulo, 2.004.

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

FILHO, Newton Tavares. **Tribunais Constitucionais.** Editora: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.009.

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 13/06/22).

FRANÇA. **Conseil Constitutionnel**. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/> (Acesso em 20/10/22).

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).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Editora: Civitas, Madrid, 1.994.

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](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03463_03490.pdf) (Acesso em 10/08/22).

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.995.

HESSE, Konrad. **Die Normative Kraft Der Verfassung**. Tradução do alemão: Gilmar Ferreira Mendes. Editora: Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1.991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Editora: Fabris, Porto Alegre, 1.998.

JAPÃO. **Supreme Court of Japan**. Disponível em <http://www.courts.go.jp/english/> (Acesso em 20/10/22).

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **A Constituição de 1.988 e a judicialização da política no Brasil**. Revista de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, 2.008.

KANT, Emmanuel. 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).

KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.007.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduard Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.007.

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 03/09/22).

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

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.

LOSING, Norbert. **La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica**. Editora: Dykson, Madrid, 2.002.

MACIEL, Débora. KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Editora: Lua Nova, São Paulo, 2.002.

MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Tradução do inglês: Maria Luiza X. de A. Borges. Editora: Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.993.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **O constitucionalismo inglês**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5768/o-constitucionalismo-ingles> (Acessado em 20/10/22).

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Editora: JusPODIVM, Salvador, 2.016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: Saraiva, São Paulo, 2.015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. Editora: Saraiva, São Paulo, 1.999.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2.000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora: Atlas, São Paulo, 2.016.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NALINI, José Renato. **Constituição e Estado democrático**. Editora: FTD, São Paulo, 1.997.

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.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Editora: Método, Rio de Janeiro, 2.015.

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).

POLLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. Editora: Forense, Rio de Janeiro, 1.985.

RAMOS, Elival. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2a edição. Editora Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/> (Acesso em: 15/08/22).

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2.009.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. Editora: Memória Jurídica, São Paulo, 2.002.

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

TATE, C. Neal. VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power.** New York University, New York, 1.995.

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.

VELOSO, Zeno Augusto Bastos. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** Editora: CEJUP, Belém, 1.999.

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 08/07/22).

WEILER MIRALLES, Anna Candice. **A eficácia do juspositivismo na complexa sociedade contemporânea.** Disponível em: [https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O\\_JUSPOSITIVISMO\\_NA\\_COMPL EXA\\_SOCIEDADE.pdf](https://www.univates.br/media/graduacao/direito/O_JUSPOSITIVISMO_NA_COMPL EXA_SOCIEDADE.pdf) (Acesso em 07/10/22).

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