

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

FELIPE RICARDO DE BRITO RAMOS

**ORGANIZAÇÃO DAS ALTAS CORTES:
A CORTE CONSTITUCIONAL INDEPENDENTE FORTALECE A SEPARAÇÃO DE
PODERES?**

CAMPINA GRANDE - PB

2021

FELIPE RICARDO DE BRITO RAMOS

ORGANIZAÇÃO DAS ALTAS CORTES:
A CORTE CONSTITUCIONAL INDEPENDENTE FORTALECE A SEPARAÇÃO DE
PODERES?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como pré-requisito para obtenção de título de
Bacharel em Direito outorgado pela Faculdade
de Ciências Sociais Aplicadas – UNIFACISA.
Área de concentração: Teoria Geral do Estado,
Direitos Constitucionais e Direito Comparado.
Orientador: Prof.º Marcelo D'Ângelo Lara.

Campina Grande - PB

2021

Dados Internacionais de Catalogação na publicação
(Biblioteca da UNIFACISA)

V426e

Ramos, Felipe Ricardo de.
Organização das Altas Cortes:

A corte constitucional independente fortalece a separação de poderes? / Felipe Ricardo de
Brito Ramos -- Campina Grande, 2021.

Originalmente apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso de bacharel em Direito
do autor (bacharel – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, 2021).

Referências.

1.Direito Constitucional. 2.Controle de Constitucionalidade. 3.Direito Comparado. I. Título.

Trabalho de Conclusão de Curso, Seleção das Altas Cortes: a corte constitucional independente fortalece a separação de poderes?, apresentado por Felipe Ricardo de Brito Ramos como parte dos requisitos mínimos para obtenção do título de Bacharel em Direito outorgado pela UNIFACISA – Centro Universitário.

APROVADO EM: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º da UNIFACISA, Marcelo D'Angelo Lara, Dr.

Orientador

Prof.º da UNIFACISA, Marcelo D'Angelo Lara, Esp.
Membro

Prof.º da UNIFACISA, Marcelo D'Angelo Lara, Esp.
Membro

NOTA FINAL _____

DEDICATÓRIA

AGRADECIMENTOS

EPÍGRAFE

RESUMO

1 Introdução O controle de constitucionalidade exige do órgão coator capacidade de impor a vontade da Constituição sobre os demais poderes. Logo, incide sobre o princípio da separação de poderes questão delicada ao definir quem é o legitimado para exercer esse exame. Nesses moldes, a escolha de um dos poderes gera sobreposição formal desse sobre os outros. Assim, surge a jurisdição constitucional apartada. **Objetivo** A presente monografia estudou as diferenças dos agentes de controle de constitucionalidade, diferenciando as jurisdicionais quanto a independência na organização judicial para indagar se os Tribunais Constitucionais de caráter jurisdicional alheias ao Judiciário são benéficas para o fortalecimento da separação dos poderes. **Metodologia** A pesquisa foi feita, em especial, por revisão bibliográfica e documental de obras literárias, obras de divulgação, publicações em jornais e revistas, além de impressos diversos, valendo-se de livros, teses e artigos. Tem-se como objeto de estudo a pesquisa exploratória. **Conclusão** O trabalho concedeu a visão de uma alternativa aos Estados modernos de controle de constitucionalidade para perpetuação do Estado Democrático de Direito, e consequentemente, da separação de poderes. Estabeleceu critérios que podem ser implementados para criar um ambiente representativo e participativo na escolha de juízes constitucionais independentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Direito Comparado.

ABSTRACT

Introduction The review of constitutionality requires from the coercive body the ability to impose the will of the Constitution on the other powers. Therefore, it focuses on the principle of separation of powers, a delicate issue when defining who is legitimated to exercise this examination. In these molds, the choice of one of the powers generates a formal superposition of this above others. Thus, a separate constitutional jurisdiction emerges. **Objective** This monograph studied the differences of constitutional review agents, differentiating as jurisdictional independence in the judicial organization to investigate whether Constitutional Courts of a jurisdictional nature outside the Judiciary are beneficial for strengthening the separation of powers. **Methodology** The research was carried out, in particular, by bibliographical and documental review of literary works, publicity works, publications in newspapers and magazines, in addition to various printed material, using books, theses and articles. It has been the object of study of an exploratory research. **Conclusion** The work provided the vision of an alternative to modern States of constitutionality control for the perpetuation of the Democratic Rule of Law, and consequently, of the separation of powers. It established criteria that can be implemented to create a representative and participatory environment in choosing independent constitutional judges.

KEYWORDS: Constitutional right. Constitutionality Control. Comparative law.

LISTA DE ABREVIASÕES E SIGLAS

a.C. – Antes de Cristo

CESED – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento

BVerfGG - *Bundesverfassungsgericht*

FACISA – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DEMOCRACIA	15
2.1	Definições de democracia	15
2.2	Classificação das democracias	17
3	CONSTITUIÇÃO.....	19
3.1	Aspectos históricos.....	19
3.1.1	Contexto histórico do constitucionalismo americano.....	22
3.2	Definição	24
4	O CAMINHO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	25
5	SEPARAÇÃO DOS PODERES	27
6	PODER JUDICIÁRIO	29
6.1	Evolução histórica	29
6.2	A função jurisdicional.....	31
7	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	32
7.1	Controle constitucional político	34
7.2	Controle constitucional jurisdicional.....	36
7.2.1	Controle de constitucionalidade americano	36
7.2.2	Controle de constitucionalidade austriaco	39
7.2.3	Controle de constitucionalidade alemão	40
8	A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL...41	
8.1	A COMPOSIÇÃO DOS MEMBROS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS COMO EXPRESSÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	42
8.1.1	Da quantidade ideal de membros	43
8.1.2	Poder competente para designar os juízes.....	43
8.1.3	Da possibilidade de mandato para os membros da Corte Maior.....	44
8.1.4	Da duração do mandato e possibilidade de renovação	45
8.1.5	As qualidades e impedimentos de um juiz constitucional	45
9	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A relação das três funções do Estado é assunto de discussão teórica desde os filósofos clássicos. As diferentes contribuições acerca desse tema na história humana trazem uma base sólida às aplicações práticas nos tempos atuais. Contudo, além de soluções de problemas antigos, também surgem problemas novos com a contemporaneidade.

Por sua vez, a separação tripartite de Montesquieu – Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo -; apresenta repercussões aos Estados modernos que requerem novas observações e, diante de adversidades recentes, novas elucidações.

Nesse ínterim, uma das análises que foram e continuam sendo de suma importância para a sociedade é a dinâmica entre os Poderes, ou seja, a análise incisiva da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos.

Observando isso, os Estados modernos criaram formas de evitar contendas, além de garantir a independência e autonomia no exercício de suas funções. Essas normas são essenciais para a perpetuação do próprio Estado Democrático de Direito, visto que, como definição aqueles que criam as leis também estão submetidos as normas criadas.

Assim, os países costumam a criar um órgão de Justiça que tem como objetivo principal dirimir as controvérsias da Lei fundamental, julgando tanto a constitucionalidade dos atos do Executivo, como também das novas leis inseridas no ordenamento jurídico. Esse modelo se traduz na criação de Cortes Constitucionais que devem, através de seus juízes, se manifestar de modo autônomo, independente e harmônico dos demais poderes do Estado.

Não obstante a estas instituições, ao redor do mundo e ao longo da história é possível observar exemplos contundentes de conflitos entre os poderes. No mundo prático existem distúrbios na ordem democrática quando o Executivo, Legislativo ou Judiciário atuam em desconformidade com as regras constitucionais e avançam uns sobre os outros ou contra cidadãos individualmente ou coletivamente.

Por essa razão, é necessário que exista um órgão que tenha capacidade de sobrepor a vontade da Lei sobre os Poderes de um Estado. Naturalmente, como se trata de inibição da atuação de função – mesmo que ilegal – gera ruídos entre o agente coator e o agente coagido. Nasce assim, o controle de constitucionalidade.

Nesses moldes, quanto ao órgão existem duas jurisdições capazes de deliberar sobre o conflito de norma alienígena ao sistema constitucional. São elas a política e a jurisdicional. A mais comumente utilizada é a segunda, exercida por agentes que exercem função de magistrados. Entretanto, em razão da formação histórica constitucional a mesma jurisdição é entendida de duas formas.

A primeira remete-se ao modelo americano que não possui Corte Constitucional independente do Poder Judiciário. Já a segunda é baseada no histórico constitucional da Europa, e fundou-se na ideia de Hans Kelsen apartar a Corte Constitucional do Poder Judiciário.

Dessa maneira, o presente trabalho tem a pretensão de investigar a relação entre a escolha de controle constitucional jurisdicional por Cortes independente e a independência e harmonia entre os poderes. Toma-se como objeto trabalhado os modelos de Tribunais que fazem exame de constitucionalidade e medidas para escolha dos juízes nessas cortes.

Ao final, buscará responder a seguinte problemática: A Corte Constitucional apartada dos demais fortalece a separação dos poderes?

Sendo assim, a discussão acerca da temática é imprescindível para a reflexão da comunidade acadêmica sobre a relação dos Governos com suas altas cortes, permitindo que o amadurecimento do debate proporcione mudanças contundentes na adaptação organizacional das Cortes Constitucionais que respeitem suas normas fundamentais, abstraindo assim, eventuais pressões dos outros poderes.

O presente estudo será classificado como exploratório, posto que irá se buscar informações acerca de definições, legislações, notícias do mundo cotidiano e observações de doutrinadores a respeito do assunto para compor embasamento para ao final responder a problemática.

Para lograr êxito na tentativa de resposta desse estudo, buscar-se-á através da revisão bibliográfica pela leitura de obras literárias, obras de divulgação, publicações em jornais e revistas além de impressos diversos, valendo-se de livros, teses, artigos entre outras fontes.

Após a análise das definições e das peculiaridades históricas de Democracia, Constituição e Estado Democrático, separação dos poderes e poder judiciário, irá se atentar às Constituições e Leis Fundamentais dos países que designam o afastamento ou não dos órgãos constitucionais em relação aos outros poderes. Sendo assim se apresentará uma pesquisa do tipo qualitativa.

A pesquisa desfrutará da abordagem indutiva combinada com o método de procedimento comparativo, uma vez que irá se analisar casos pontuais para alcançar uma definição mais geral, bem como comparações de acontecimentos histórico-políticos para compreensão da realidade.

A monografia se estrutura em oito capítulos, além dessa introdução. Do capítulo dois ao sexto irá se analisar a definição e questões históricas acerca de Democracia, Constituição, Estado Democrático de Direito e Poder Judiciário. No capítulo sete irá se investigar o controle constitucional político e o controle constitucional jurisdicional. No oitavo capítulo irá se repousar sobre o estudo dos efeitos da Corte Constitucional apartada na separação de poderes, e complementará a ideia de independência com a apresentação de critérios de escolha dos juízes constitucionais no mundo.

Logo, em linhas resumidas essas serão as questões que a pesquisa buscará abordar, justificando sua relevância ao passo que, procura trazer à tona soluções para problemática que afeta a sociedade.

2 DEMOCRACIA

2.1 DEFINIÇÕES DE DEMOCRACIA

Etimologicamente democracia teve sua origem do verbete grego “*demokratia*”, que é a unidade de “*demos*” – que significa povo ou muitos –, e “*kratía*”, que é governo ou autoridade. Logo seria o Governo de muitos. (TEIXEIRA SILVA; 2019, p. 4).

No escopo da definição semântica, o dicionário Michaelis expõe que democracia é “Forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo (“DEMOCRACIA”, [s.d.]). Já o dicionário Dicio explica que é “Governo em que o poder é exercido pelo povo”. (“DEMOCRACIA”, [s.d.]).

Por sua vez, os conceitos etimológicos e semânticos tem origem nos filósofos gregos que desde a segunda metade do século IV a.C., compõe discussões acerca da melhor forma de Governo. É o que se comprehende da narrativa das guerras médias do grego Heródoto de Halicarnasso que em seu livro Histórias, expõe através do diálogo fictício dos três persas, as características e distorções dos governos aristocráticos, monárquicos e democráticos. (HERÓDOTO, 2006, p. 266–267).

Nessa obra clássica, o personagem Otanes exalta o governo democrático ao atribuir o nome de isonomia para esse. Ainda, afirma que é a democracia o modelo que deverá ser adotado na Grécia, pois esse inibe os abusos do monarca. (HERÓDOTO, 2006, p. 266–267).

Platão, por sua via, faz uma análise das formas de Governo buscando a República ideal, de modo que, nessa, haverá sinergia entre os três tipos de homens: os governantes filósofos, os guerreiros e os que se dedicam ao trabalho produtivo. Propõe, portanto, seis classificações interligadas, na medida em que, a degradação de um regime irá caracterizar o outro. (BOBBIO, 1998, p. 36–37).

Ele analisa os seus governos quanto à valorização conhecimento, ao espírito de vitória — elemento colérico —, e pelo desejo por sexo, comida e bebidas de seus governantes — elemento apetitivo —. (OLIVEIRA, 2017, p. 12–13).

Portanto, o filósofo ateniense define a democracia como a corrupção do Governo oligárquico, no qual, o elemento apetitivo estaria, respectivamente, acima do elemento colérico e da valorização ao conhecimento. Logo, a democracia seria a liberdade desenfreada pela proliferação de desejos supérfluos. (OLIVEIRA, 2017, p. 13).

Aristóteles, por sua vez, define na obra *A Política* que a democracia é a distorção da *polida*¹, visto que nesse, há o governo de muitos que observam o interesse comum, enquanto que a democracia seria o governo de muitos que, apenas visam o interesse dos pobres. (BOBBIO, 1998, p. 55–57).

Ainda sobre a democracia ateniense, o historiador clássico Tucídides transcreveu o discurso do político Péricles, descrevendo a democracia helênica destoando do aspecto negativo dos clássicos citados acima, de maneira que a apontou como um regime positivo, veja-se:

Nosso regime político — disse Péricles — é a democracia e assim se chama porque busca a utilidade do maior número e não a vantagem de alguns. Todos somos iguais perante a lei, e quando a república outorga honrarias o faz para recompensar virtudes e não para consagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. (BONAVIDES, 2003, p. 351, apud Tucidiades, [s.d]).

Já na Idade Média, Rousseau mostrou visão radicalmente favorável a democracia ao impor que um povo só poderia existir e ser livre se pudesse exercer suas acepções de forma direta, de plano que, mesmo a representação democrática. Portanto, para ele deveria existir um número maior de governantes do que governados. (GARCÍA MORAGA; LEÓN FÉLIX, 2018, p. 473 apud Rousseau, 2006).

De suma importância apresentar a definição de Abraham Lincoln que, no célebre discurso proferido em Gettysburg afirmou a democracia como um governo do povo, para o povo, pelo povo. (LINCOLN, 1863).

A democracia surge após as Revoluções do século XVIII e XIX, como contraposição a aristocracia, considerando não só o aspecto representativo do regime, mas também sua normatividade, nesse sentido ela é: “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos [...].” (BOBBIO, 1997, p. 17).

Nessa perspectiva, é essencial não só a normatização definidora da titularidade de quem irá deliberar para coletividade, mas também da expressão de todo conjunto de regras que circunda um processo de seleção, nesse ponto:

na linha do pensamento de Norberto Bobbio, podemos dizer que democracia é um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Ou seja, a democracia significa, nesta perspectiva, a montagem de um arcabouço de normas que definem antecipadamente os atores e a forma do jogo, identificando-se, de

¹ *Polida*: identidade moral, política e comunitária de uma sociedade.

regra, com as questões relativas a quem vota, onde se vota, e com quais procedimentos, sendo que, para cada pergunta, devemos adotar respostas compatíveis. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 86–87).

São requisitos para a democracia: a definição do local da eleição, os procedimentos adotados, o estabelecimento de mecanismos para interposição da regra de maioria, que esses instrumentos garantam à possibilidade de escolha e expressem: “a) garantia dos direitos de liberdade; b) partidos; c) eleições; d) sufrágio; e) decisões por acordo ou por maioria com debate livre.” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 87).

Entretanto, com o advento dos motivos que levaram ao Estado Social, ou seja a omissão estatal, Revolução Industrial e a desigualdade entre classes, compreendeu-se também que para verdadeiro exercício da democracia é necessário que se expresse a Justiça Social, além de preservação do *habitat* natural e das fontes de recursos. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 87).

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS DEMOCRACIAS

Como ponto de partida desse tópico, podemos compreender as acepções da democracia. Assim podemos entende-la através do seu aspecto substantivo, caracterizando-o como governo exercido a favor do povo, ou extremamente favorável ao povo, de maneira que será destinado ao interesse dos abastados, segundo seu entendimento dos conceitos de Platão e Aristóteles. (CARDIA, 1998, p. 309).

Não obstante, também pode ser observada pelo seu aspecto institucional. Nesse ponto, a democracia é o poder político que se baseará na soberania popular ou nacional, sendo então, um sistema organizacional do poder do Estado. (CARDIA, 1998, p. 310).

Inserido no aspecto institucional, a democracia direta tem as seguintes características: o dever daqueles cidadãos aptos de participar das assembleias políticas da cidade, o sorteio dessas autoridades, a ilicitude e inutilidade das formações de partidos ou facções. (CARDIA, 1998, p. 310).

Importante destacar que esse modelo é impraticável em sociedades de médio ou grande porte. Entretanto, isso não inviabiliza institutos que expressem sua ideia, tendo no referendo e a iniciativa legislativa popular como opções para sua implementação. (CARDIA, 1998, p. 310–311).

Por outro lado, é necessário refletir sobre a prática da democracia direita. Na sociedade helênica. Naquela sociedade existia a exclusão do exercício do poder pelas camadas sociais mais abastadas, além de escravos. (RODRÍGUEZ BURGOS, 2015, p. 50).

Essa compreensão impõe que democracia direta helênica, na verdade era uma autocracia porque apenas participavam das decisões políticas fundamentais aqueles considerados cidadãos, ou seja, uma minoria dos habitantes. (BONAVIDES, 2003, p. 346).

Já a democracia representativa pode ser compreendida como a organização do poder político, no qual o eleito, através do sufrágio universal e por voto secreto, atua de acordo com a vontade de seus eleitores, com exposição das decisões políticas à generalização e contraditório dos cidadãos, sendo, portanto, exercido segundo a regra da maioria. Ela tem como características o princípio da representação, um poder judicial independente e imparcial, observância da divisão e separação dos poderes executivo e legislativo, além da garantia e eficácia de todas às liberdades fundamentais. (CARDIA, 1998, p. 3-5; RODRÍGUEZ BURGOS, 2015, p. 2).

Acerca terminologia democracia representativa é a decisão individual dos escolhidos pelo povo que irá representar a vontade coletiva. O exercício dessas decisões irá gerar o estado parlamentar:

A expressão "democracia representativa" significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Ponto e basta. O estado parlamentar é uma aplicação particular, embora relevante do ponto de vista histórico, do princípio da representação, vale dizer, é aquele estado no qual é representativo o órgão central (ou central ao menos em nível de princípio, embora nem sempre de fato) ao qual chegam as reivindicações e do qual partem as decisões coletivas fundamentais, sendo este órgão central o parlamento. Mas todos sabem que uma república presidencial como a dos Estados Unidos, que não é um estado parlamentar, também é um estado representativo em sentido genérico. (BOBBIO, 1997, p. 43).

Em outra vista, como aspecto inerente ao regime político, observa-se a regra da maioria como ideia essencial para democracia, ao passo que, a expressão dessa permite que as decisões essenciais à uma sociedade sejam reflexo da vontade do povo. Na democracia há confluência de duas soberanias que são: a popular e a das leis. (ROSENFIELD, 2017, p. 35).

A imperatividade da lei deve ser adequada aos anseios sociais, para que exista legitimidade de seu conteúdo diante da realidade de um povo. Entretanto, o autor também adverte que a aplicação simples da vontade da maioria pode ser tirânica. (ROSENFIELD, 2017, p. 35–37).

Nesses preceitos são fundamentos de uma democracia: a supremacia da vontade popular – *lex majoris* que considerará a vontade enunciada pela maioria com poder vinculatório –, a preservação da liberdade – possibilidade de realizar ações sem a interferência estatal, desde que respeitados os direitos individuais dos outros cidadãos –, e a igualdade de direitos – extinção de distinções econômicos ou classes sociais.(DALLARI, 1998, p. 55–56).

Nessa limitação, o direito da maioria pressupõe o direito da minoria, porque a proteção desse é a função essencial das garantias e liberdades fundamentais. Isso decorre da sua origem que buscou justamente a limitação da intervenção estatal. (KELSEN, 2000, p. 67).

Logo, são condições indispensáveis à democracia: a necessidade de um elevado número de cidadãos participar direita ou indiretamente das decisões coletivas, e também a existência de regras procedimentais que vinculem as escolhas dos escolhidos à generalidade, desde que aqueles legitimados para decidir, devem exercer seus poderes respeitando os direitos invioláveis do indivíduo. (BOBBIO, 1997, p. 18-19).

A Constituição de um Estado Democrático tem como função a criação de mecanismos que permitam o pluralismo político para que a Lei maior não surrupie dos eleitos pelo povo à liberalidade de tomar decisões. Ao mesmo passo, aponta como segunda função a criação de consensos mínimos atemporais que garantam direitos fundamentais. (BARROSO, 2020, p. 105–106).

3 CONSTITUIÇÃO

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Como ponto preliminar da discussão, é de se apresentar a controvérsia acerca do termo Constituição nas obras dos helênicos. Primeiramente, há uma compreensão da doutrina aristotélica que entende que o grego ao se referir à Constituição (*Politeia*), estaria reproduzindo uma “forma de governo”. Esse entendimento surge da menção

de Aristóteles de Constituição como ordenação dos cargos públicos. (BOBBIO, 1998, p. 55).

De modo diverso, essa também pode ser interpretada como aquilo que configura os moldes de uma *pólis*², ou seja, tracejava a identidade moral, política e comunitária de uma sociedade. (OLIVEIRA, 2017, p. 9).

A despeito dessa discussão, a Constituição em seu princípio é a limitação do poder que emerge da supremacia da Lei, necessitando ou não de documento escrito. Assim, como ensaio rústico de uma Constituição, observa-se o império das leis nos atenienses em sua Era Clássica, bem como a grande contribuição do Império Romano. (BARROSO, 2020, p. 32–35).

A mesma subordinação às leis é vista na experiência hebraica que estabelecia limitações ao Estado-teocrático ao atribuir poder aos líderes religiosos de fiscalizar atos governamentais que excedessem os padrões bíblicos. (LENZA, 2020, p. 65).

Não obstante, para compreensão da Constituição em sentido formal, faz-se necessário entender o contexto histórico e modelos de Estado situados entre os séculos XVII e XVIII. Na mesma via, é importante destacar que a evolução do constitucionalismo advém de movimentos, por vezes, assíncronos e em espaços geográficos distintos. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 55; MORAES, 2020, p. 51).

Portanto, foi imprescindível a contribuição de quatro experiências históricas que são: a ascensão da burguesia na Inglaterra absolutista, a independência americana, a Revolução Francesa e as normatizações escritas germânicas foram essenciais para a edificação da Constituição moderna. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, cap. 1).

Acerca da Inglaterra, apesar de não existir até os dias atuais constituição escrita, os ingleses, mesmo antes da independência estadunidense, já ostentavam elementos de um Estado moderno constitucional. A forte tradição parlamentarista dos britânicos, se consagrou ao longo dos séculos, de modo que, a ascensão da burguesia ante ao poder absolutista construiu documentos históricos que, na prática, limitavam o poder do monarca. Portanto, os anglicanos influenciaram o mundo com o sistema parlamentarista e com a guarnição das liberdades políticas e civis sob influência do pensamento liberal. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 59–63).

² *Pólis*: compreensão grega do território que se equivale a uma cidade-estado.

A Magna Carta, de 1215, desempenhou papel essencial para o constitucionalismo medieval. Em outra mão, o *Petition of Rights*; o *Habeas Corpus Act*; o *Bill of Rights*; o *Act of Settlement* e as cartas de franquia são arcabouço jurídico que ensejou a proteção dos direitos individuais no constitucionalismo moderno, mesmo que não direcionados à generalidade. (LENZA, 2020, p. 65–66).

Historicamente dois movimentos políticos determinaram o constitucionalismo moderno que, por razões diferentes, rumaram pra caminhos distintos. A primeira se refere ao movimento iluminista francês, e a segunda a independência dos Estados Unidos da América da monarquia inglesa. (BARROSO, 2020, cap. 1; BRANCO; MENDES, 2021, p. 72; MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 55).

Acerca do constitucionalismo francês é de se destacar o contexto histórico do século XVIII. Aquela nação vivia o auge da monarquia absolutista na figura do Rei Luis XIV. Em oposição a tirania, nascia e se desenvolvia a corrente filosófica do iluminismo que ansiava pela limitação do poder monárquico e pela separação dos poderes e garantia dos direitos fundamentais aos seres humanos. (BARROSO, 2020, p. 45–46; MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 56).

Ponto imprescindível e que se destaca no movimento constitucionalista francês, foi a convocação de Assembleia Constituinte após a queda da Bastilha, diferenciando-se do modelo americano e do anglicano. A Assembleia impôs a elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que consagrava direitos naturais como: liberdade, propriedade, segurança e resistência a opressão, além de objetivar a extinção do direito feudal e dos privilégios aristocráticos. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 69–70).

Assim, nas Constituições ao redor do mundo, trazem que os atos praticados pelo Estado podem ser de duas espécies: atos gerais e atos especiais. O primeiro se refere a aqueles de caráter abstrato, transindividuais e exercido pelo Poder Legislativo. Já os atos especiais são a expressão ou execução daquilo pré-estabelecido em Lei, sendo, portanto, vinculado ao disposto nos atos gerais, além de ser exercido pelo Poder Executivo. (DALLARI, 1998, 79).

Essa concepção legalista veio com a ascensão do positivismo jurídico que, condicionou os direitos ao perímetro da legislação, mesmo que posteriormente, mitigado pelo neoconstitucionalismo e o substancialismo. Portanto, o Judiciário surge como fiscal dos limites impostos pela Lei, certificando que os outros poderes não perpassem suas competências legais. (FILHO, 2015, p. 70).

3.1.1 Contexto histórico do constitucionalismo americano

Quase que concomitantemente ao movimento constitucional francês, e também influenciado pelo movimento iluminista, surge nos Estados Unidos da América, o anseio do seu povo pela liberdade da metrópole inglesa. (BARROSO, 2020, p. 40; MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 67).

O contexto histórico ao qual os estadunidenses estavam inseridos se caracteriza como um aumento de pressão do parlamento inglês à colônia. Tal aumento de agressividade aconteceu após o fim da Guerra Franco-Indígena com o acordo de Paz de Paris. Nesse tratado, as posses territoriais britânicas tiveram grande incremento, o que gerou aumento de gastos na manutenção das colônias e redução de carência britânica do território americano. No mesmo ritmo, as conquistas bélicas acenderam no povo estadunidense um sentimento de unidade e confiança. (DRIVER, 2006, p. 9–12).

Dado esse cenário, a Inglaterra tinha agora não mais uma monarquia absolutista, e sim uma constitucional com grande influência do parlamento empoderado com a Revolução Gloriosa. Agregado a isso, a onerosidade da Guerra dos Sete Anos já comprometia 20% (vinte por cento) dos seus lucros dos tributados da metrópole, o que gerava pressão popular aos congressistas britânicos. Assim, o parlamento voltou-se ao aumento dos impostos sobre os produtos advindos das colônias americanas através da Lei do Açúcar, Lei do Selo, e as Leis *Townshend*, o que demonstrava clara interferência na gerencia da colônia que até então tinha, relativa autodeterminação. Inconformados com o que julgavam ilegal, os colonos boicotaram as exportações, convocaram assembleias e realizaram motins. (DRIVER, 2006, p. 9–12).

Em contraposição, a metrópole agiu com severa repressão tentando sufocar a crescente insurgência dos colonos. A oposição violenta aos revoltos gerou episódios como o massacre de Boston e a Festa do Chá. A crescente tensão fez com que o parlamento britânico estipulasse medidas conhecidas como Leis de Coerção (1774) para promover isolamento econômico com fechamento de portos americanos, instauração de novo sistema de governo em Massachusetts, confisco de terras e delimitação a fronteira do Canadá para inibir a expansão ao Oeste. (DRIVER, 2006, p. 15–17).

Os colonos então classificaram Atos Intoleráveis ou Leis Intoleráveis, e convocaram a Primeiro Congresso Continental (1774), com o objetivo de pleitear o autogoverno – não a independência – buscando a retirada das sanções impostas pela metrópole. Em outra via, também houve a Resolução Suffolk, que de modo contrário às cartas enviadas pelo Congresso, tinha um tom de insuflar a população contra as Leis de Coerção Britânica. (BARROSO, 2020, p. 40; DRIVER, 2006, p. 17–18).

Com o início da guerra, e conforme previsto no encontro anterior, houve a convocação do Segundo Congresso Continental (1775-1788), como resultado da permanência de intervenção da metrópole sobre Massachusetts. Ela foi responsável pela organização dos Estados coloniais contra as investidas britânicas durante todo o período de conflito. Seu papel inicial era costurar um acordo – mesmo em período de guerra –, que logo foi rechaçado pela coroa britânica. (BARROSO, 2020, p. 40; DRIVER, 2006, p. 22-24).

Em maio de 1976, John Adams propôs ao Congresso que as colônias que ainda não tinham suas próprias constituições escritas, instituíssem um governo estadual independente, com seus documentos. Coincidemente, no mesmo mês os americanos ficaram sabendo da contratação de estrangeiros alemães para batalhar em território americano. Essa notícia gerou animosidade entre os congressistas que articularam comitê para confecção da Declaração de Independência dos Estados Unidos. (BARROSO, 2020, p. 40; DRIVER, 2006, p. 22-24).

No mesmo tempo, a colônia da Virgínia era a mais populosa e o mais avessa ao colonialismo britânico. Por essa razão, além de ter nomes influentes na causa da independência, como: Thomas Jefferson, Patrick Henry e Henry Lee, promulgaram em junho de 1976, a Declaração de direitos do bom povo de Virgínia que, estipulava uma série de limitações ao poder, bem como reconhecia direitos naturais e fundamentais dos cidadãos daquela colônia. (DRIVER, 2006, p. 22–24; ESTADO DA VIRGÍNIA, 1776; WALLACE, [s.d.]).

Um mês depois, e também influenciado pelo documento do povo da Virgínia, os congressistas assinam a Declaração de Independência Americana e tornaram as treze colônias em Estados Independentes. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776; MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 64).

Na prática, a Declaração de Independência não se mostrou-se suficiente como marco jurídico diante da situação de guerra. Os aspectos pragmáticos fizeram o Congresso ratificar em 1781, os Artigos da Confederação como forma de fortalecer

a união entre as antigas colônias e uniformizar os interesses dos agora Estados independentes diante do poderio britânico. (BARROSO, 2020, p. 41; MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 64).

Mais uma vez, a investida se mostrou incapaz diante da ação descoordenada dos entes confederados. Os autores apontam essa fragilidade como resultado da ausência de criação de um Poder Executivo centralizador, bem como um Poder Judiciário federal capaz de elucidar disputas internas. Além disso, o Congresso não detinha poder para criar tributos, nem, tampouco, regular o comércio entre os Estados-confederados (BARROSO, 2020; MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 64–65).

Por essas razões, foi convocada a Convenção da Filadélfia que tinha como intuito solucionar os obstáculos da forma de Estado estabelecida. Os congressistas acharam como alternativa a criação de uma Federação Presidencialista, com Poder Executivo, em nível federal e estadual, convertendo assim para Convenção Constitucionalista. (BARROSO, 2020, p. 41).

Nesse escopo, oriunda de pacto constituinte, a primeira Constituição escrita que abrangia a separação dos poderes, igualdade formal e supremacia da lei foi criada em 17 de setembro de 1787. Ela foi resultado direto de acontecimentos históricos e também constituída como solução prática para as contendas daquela época. (BARROSO, 2020, p. 41; MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 64–65).

3.2 DEFINIÇÃO

A definição de Constituição deve ser observada de forma sistemática, vislumbrando as particularidades históricas e culturais que delimitam os seus conceitos. De plano, podemos compreender que o contexto inglês, americano e francês influenciaram diretamente na compreensão atual. Da mesma senda, comprehende-se que, para a certa percepção moderna do tema deve-se observar a concepção sociológica, política e a normativa ou jurídica. (BARROSO, 2020, p. 93–96).

O aspecto sociológico, expresso no pensamento de Ferdinand Lassale, é a “a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”, no qual classes detentoras de poder político, social ou econômico estabelecerão seus interesses, e quando expressos em textos escritos irão se converter em instituições jurídicas. (LASSALLE, 2001, p. 5–18).

Acerca do sentido político, a Constituição é vista como um ato de um poder constituinte, que incorpora a forma e o modo de uma unidade política. Logo, essa é uma decisão consciente e manifestada através do titular de poder constituinte que cria normas e adota para si. (SCHMITT, 1996, p. 45–46).

Ademais, importante se extrair a compreensão da Constituição em sentido material e em sentido formal. Para tanto, a primeira se comprehende como o texto constitucional que estabelece regras substanciais à uma nação, expressando organização do seu poder, a distribuição de competências de suas instituições, a criação e distribuição do exercício de autoridade, forma de Governo e de Estado, direitos fundamentais individuais e sociais. (BONAVIDES, 1994, p. 80–81).

Já o entendimento do sentido formal da norma constitucional, deve-se entender como aquela que apesar de não versar sobre aspecto estruturante de um Estado, está inserido no texto escrito de uma Constituição por conveniência do legislador constitucional, por entender que são politicamente importantes. (KELSEN, 1998, p. 155–156).

Quanto à acepção normativa ou jurídica da Constituição, desponta o pensamento de Hans Kelsen que comprehendia a Constituição no plano do dever-ser ao racionalizar as vontades humanas, declinando as comprehensões sociais ou políticas para o estudo do direito. (TEMER, 2008, p. 20–21).

Para entender a Teoria Pura do Direito deve se atentar aos dois sentidos apresentados por Kelsen. O primeiro é o jurídico-positivo que é a compreensão da Constituição como norma suprema que positivada, posta, e dá validade às normas de hierarquia inferior.(KELSEN, 1998, p. 135–141).

Quanto ao sentido lógico-jurídico impõe-se a auto validação da Constituição através da compreensão dessa como uma norma fundamental hipotética, suposta, e que é fundamento transcendental de validade. (KELSEN, 1998, p. 141–143).

Apresentada as acepções e comprehendendo o contexto histórico, pode-se conceituar a Constituição como Lei Fundamental escrita de um Estado, que estabelece a sua forma, bem como a sua forma de governo. Ademais, ela impõe a maneira de aquisição de poder e como exercê-lo. Outrossim, cria órgãos ao mesmo tempo que limita sua atuação e competência, por fim define os direitos fundamentais individuais e sociais de seus cidadãos. (SILVA, 2016, p. 39–40).

4 O CAMINHO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A certa compreensão do Estado Democrático de Direito advém, em parte, das correntes filosóficas da idade média, além dos movimentos constitucionais, ao ponto que se aportam como impulsionadores do conceito a Revolução Inglesa, Independência das colônias americanas e a Revolução Francesa. (DALLARI, 1998, p. 54–56).

Em primeiro lugar, aponta-se que o anseio das sociedades da Idade Média pela limitação do poder demonstrava verdadeiro espírito liberal. A consequência dessa inquietação das classes sociais, culminou na construção de direitos constitucionais de primeira geração, também chamados de direitos negativos. Nesse aspecto, o objetivo fundamental era assegurar o princípio da legalidade. Logo, intitula-se Estado liberal de Direito, àqueles que tinham como característica a servidão à lei, a divisão de poderes de Estado – que fossem equidistantes e equipotentes –, além da expressão e garantia dos direitos individuais dos seres humanos. (SILVA, 2016, p. 114–115).

Como segunda feição do conceito exposto, outros acontecimentos históricos-sociais marcaram a evolução do Estado Democrático de Direito. Como consequência da abstenção estatal influenciada pelo pensamento liberal, têm-se na Revolução Industrial, na Primeira Guerra Mundial e nas crises capitalistas o combustível para mudanças sistemáticas no papel do Estado. (DALLARI, 1998, p. 100).

Nessa senda, surge o Estado social de Direito que vem num contexto no qual, a sociedade busca a intervenção estatal para que esse garanta não só aspectos negativos, mas também uma intervenção reparadora dos erros sistemáticos do sistema capitalista. Além disso, busca-se a afirmação de direitos de cunho econômico e social dos cidadãos. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 62–64).

Destacam-se no contexto do Estado de Providência, a Constituição Mexicana de 1917, que surge da Revolução camponesa daquele povo. Tinham como pautas principais direitos sociais ligados intrinsecamente à questão agrária e do trabalhador. Noutro ponto, mais notada e consagrada pelo mundo ocidental, a Constituição de Weimar de 1919, estava imbuída de anseios populares pós derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial. Nesse giro, esse texto trazia pretensões da classe proletária mais atuais à época, compreendendo, portanto, direitos sociais mais gerais e menos regionalizados. (PINHEIRO, 2006, p. 107–121).

Contudo, frisa-se que, valendo-se da manipulação de massas, existiram na história da humanidade, Estados Sociais que subverteram o princípio democrático e

apoderam-se do poder de maneira autocrática, subjugado, assim, as garantias fundamentais do homem. Casos assim aconteceram na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista e em Portugal salazista. (SILVA, 2016, p. 117–178).

Observando esses aspectos, surge o Estado Democrático que é compreendido em duas dimensões. A primeira é a formal expressa pela ideia de governo da maioria e respeito às liberdades individuais. Já na dimensão material se comprehende além do princípio majoritário da democracia. Para tanto, um Estado Democrático deve observar a inclusão de grupos de menor expressão política, bem como garantir o respeito aos direitos fundamentais sociais que almejam a igualdade material. (BARROSO, 2020, p. 56–57).

Diante dessas exposições faz-se imperioso compreender que o Estado Democrático de Direito é fundado na soberania popular, com mecanismos efetivos de apuração da vontade do povo no que se refere às decisões políticas fundamentais, que tenha necessariamente uma Constituição materialmente legítima, rígida, superior às demais normas e que vincule todos os poderes e atos estatais. (SILVA, 2005, p. 228).

Dessa maneira, um Estado Democrático de Direito deverá observar o princípio da legalidade, segurança jurídica e isonomia, possuindo um sistema que garanta os direitos humanos. Para concretização dessas exigências, deverá criar órgãos judiciais livres e independentes que buscarão pacificar os conflitos sociais. Nessa senda, um desses órgãos será o guardião do texto constitucional e dos valores caros a sociedade, atuando de maneira independente e autônoma. (SILVA, 2005, p. 228–229).

5 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Princípio basilar de qualquer democracia, a separação de poderes é inerente ao Estado de Direito. Por essa razão, a sua origem é a própria discussão do exercício da democracia. Pode-se apontar, como ideia inicial, a delimitação de Aristóteles ao distinguir os papéis do corpo de magistrados, o corpo judiciário e o corpo de magistrados. (BONAVIDES, 2003, p. 173).

Outra caracterização do tema veio com John Locke ao distinguir os poderes como: poder legislativo – que edita leis para preservar a comunidade e seus integrantes –; poder executivo – que executa as leis no âmbito interno da sociedade

–; poder federativo: que é responsável pela política exterior de uma sociedade. (LOCKE, 1998, p. 514–517).

Entretanto, é com Montesquieu que a separação dos poderes toma corpo. Em sua análise da sociedade política britânica, ele expõe no seu livro *Espírito das Leis*, a teoria da equipotência. Para ele, é requisito de um Estado de Direito a separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, determinando que deve haver independência entre elas. (WEFFORT, 2008, p. 119).

A denominação equipotência se dá porque deveriam as três funções possuir forças idênticas, ou seja, sem que uma se sobreponesse pela outra. Contradicoriatamente, o francês compreendia que o poder judiciário deveria ter sua atuação limitada à afirmação da norma criada pelo legislador, sendo o julgamento apenas entrelaçado àquilo que a lei determina, sem qualquer poder de criação de direito, ou seja, denomina-o como “um poder nulo”, que pronuncia a lei. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1235).

Essa percepção negativa do judiciário francês se remete à origem sócio-histórica dos membros dessa desse poder, que estavam intrinsicamente ligados à manutenção do *status quo absolutista*. Os cargos judiciais antecessores da Revolução Francesa eram adquiridos ou herdados, demonstrando assim o caráter aristocrata daquela classe àquele tempo. Por esse pretexto, esses, corriqueiramente, jurisdicionavam de acordo com seus interesses. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1234–1235).

Esse cenário motivou a característica analítica das leis francesas que limitavam o espaço de atuação e interpretação do juiz, sujeitando o judiciário ao legislativo através de leis claras que regulavam vasta gama de fatos jurídicos. Ademais, criaram a Corte de Cassação chamada de “*rédere nécessaire*”, um órgão ligado ao legislativo que buscava através da anulação de decisões judiciais a perpetuação do texto legal. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1235–1238).

Antagonicamente, a herança progressista do poder judiciário nos Estados Unidos e na Inglaterra causaram ao seu sistema jurídico fortalecimento do *common law*³. Nesses países, os juízes resistiram e rechaçaram o poder arbitrário dos governos. (BONAVIDES, 1994, p. 1238–1239).

³ *Common law*: sistema jurídico no qual o direito é criado majoritariamente por decisões judiciais, adotando os precedentes como vinculantes de julgamentos futuros.

A primeira afirmação explícita da separação dos poderes na modernidade pode ser vista na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, que consagrou o postulado como garantia individual que protegia os cidadãos da concentração arbitrária de poder. (BONAVIDES, 1994, p. 1238–1239).

Diante dessas características sócio-históricas, para a efetivação do sistema equipotente é necessário que existam duas características inerentes às funções do Estado. Elas são respectivamente independência e harmonia entre os poderes.

Acerca da independência dos poderes ela se dará sob três aspectos. O primeiro se refere à investidura e permanência dos membros dos órgãos que deverão ser alheios aos desejos e interferência de outros poderes. O segundo prisma se relaciona com o exercício das atribuições de um poder, esse deverá prescindir de aquiescência de outro. Por fim, o terceiro ponto se contenta à organização dos serviços, de maneira que esteja a liberdade estrutural nos limites legais. (SILVA, 2016, p. 111–112).

Quanto à definição de harmonia entre os poderes, pode ser compreendido como a deferência de um poder em não transpor as prerrogativas e faculdades de outro, compreendendo os limites e competências de cada função estatal. (SILVA, 2005, p. 112).

Não obstante, cabe apresentar a ressalva que não há independência absoluta, tendo em vista que por vezes, é necessário que exista intervenção de uma das funções do Estado sobre outra. Essa particularidade, nasce da necessidade de correção de exageros de um poder, e recebe o nome de sistema de freios e contrapesos. (SILVA, 2016, p. 112).

6 PODER JUDICIÁRIO

6.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Poder Judiciário na atualidade tem a função de exercer a atividade jurisdicional, de forma que interpretará ou aplicará o direito cabível ao caso concreto buscando resolver, assim, as questões jurídicas de maneira definitiva. (NEVES, 2021, p. 61).

Cabe ao Legislativo fundamentar e votar os programas gerais, enquanto que o Executivo implementa as leis que necessitam de aplicação, já o Judiciário

solucionará conflitos práticos. Logo, ao analisar o caso particular o Judiciário estabiliza expectativas de comportamentos. (HABERMAS, 1997, p. 132).

Por essa razão, a atividade jurisdicional é contra majoritária por natureza, pois, diferentemente do Executivo e Legislativo, os juízes podem frustrar pretensões validadas por Lei, ou seja, destoam dos agentes eleitos pelo povo. (AFFONSO, 2013, p. 7602).

Conquanto, essa compreensão é resultado contínuo das experiências humanas que em consequência das características culturais e próprias de cada sociedade, influenciaram o Direito de forma gradual até atingir o entendimento que temos hoje. (CASTRO, 2010, p. 12–14).

A primeira experiência de resolução de conflitos remonta-se à época das comunidades ágrafas que tinham direitos não escritos e eram baseados em religiosidade e costumes, comumente, quem julgava a disputa eram os mestres ou anciãos daquela sociedade. (CASTRO, 2010, p. 16–18).

Avançando no tempo, a magistratura também era exercida na Roma Antiga do século 27 a.C., sendo um cargo ou posição pública, no qual, uma pessoa era eleita para exercê-la. Entretanto, as funções diversas eram diversas à atividade jurisdicional atual, com exceção daquela exercida pela Pretura que se assemelhava com jurisdição civil atual. (NOVAES, [s.d.]; PEIXOTO, 2013, p. 189).⁴

Na idade média, em razão do absolutismo, os magistrados eram compreendidos como extensão da autoridade do rei, dada o pensamento da época de que os monarcas eram seres divinos. Nesse aspecto, não existia uma organização de Justiça, na medida que, as disputas eram solucionadas por membros do clero ou senhores feudais, quando não pelo próprio rei. Na França pré-Revolução, os eleitos pelo monarca aplicavam a justiça e cumpriam a determinação real, nesse último caso eram funcionários da coroa de baixa nobreza. (PEIXOTO, 2013, p. 190).

Nas colônias, os donatários das capitania hereditárias exerciam a função de jurisdição civil e criminal nos seus territórios. Além disso, na época da monarquia no Brasil, existia ainda a jurisdição eclesiástica que se atinha principalmente a litígios de ordem familiar. (SILVA, 2016, p. 560).

Essa parcialidade pelos responsáveis pelos julgamentos na Idade Média resultou na França pós-revolucionária, na separação radical dos poderes e no

⁴ Pretura: atividade exercida pelo Pretor na Roma Antiga e tinha função de analisar e despachar os casos da sua alçada.

descrédito dos juízes, e na criação de uma enorme quantidade de leis. Assim os magistrados eram condicionados à aplicação fria da lei, sem qualquer poder de ponderação ou moderação da norma ao caso concreto. (PEIXOTO, 2013, p. 190).

Como efeito colateral da impossibilidade do legislador se antecipar a todos os fatos da realidade, iniciou-se um processo de produção de leis com termos vagos e imprecisos, um contrassenso que acabou por dificultar o acesso semântico do povo para interpretação da norma. (TAVARES, 2012, p. 25–27).

Frise-se que tal desconfiança não atingiu a história americana, que por sua vez, tinha receio, ao tempo da edição da sua Constituição, do poder do Executivo. Isso é resultado da intervenção colonialista inglesa que, em certa medida, também influenciou a tradição judicial dos Estados Unidos. (COMPARATO, 2004, p. 152; TOCQUEVILLE, 2005, p. 112).

Posteriormente, com o advento da Constituição Mexicana de 1917, bem como a Constituição de Weimer, iniciou-se o processo de ressignificação do Estado, e por ventura, dos seus poderes. Ao abandonar a posição de omissão para com seus cidadãos, e passando a adotar uma postura prestacional, o Poder Judiciário teve grande relevância na gestão nas crises socioeconômicas do início do século XX. (TAVARES, 2012, p. 26–30).

No Estado Social o indivíduo passa a ter voz ativa, e cabe ao Legislativo criar normas que expressem a justiça social, e ao Executivo efetivá-las, sob pena de que, diante de omissão desses, o cidadão poderá interpelar junto ao Poder Judiciário a prestação a que tem direito. Trata-se de mudança de paradigma dos juízes que passaram a buscar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais em contraposição às limitações políticas e econômicas dos governos. (TAVARES, 2012, p. 27–31).

A resistência e inobservância dos outros poderes acerca das garantias subjetivas, esbarrará, consequentemente, no Estado Democrático de Direito, no qual, restará ao sistema de freios contrapesos, e, respectivamente, ao órgão de controle da Constituição controlar os excessos. Nasce, não só o conflito entre poderes, mas também a jurisdição constitucional e seus remédios. (TAVARES, 2012, p. 27–31).

6.2 A FUNÇÃO JURISDICIAL

A jurisdição é função típica do Poder Judiciário, e condiz à potência de interpretar e aplicar o Direito vigente de um Estado ao caso concreto, diante de uma controvérsia, empregando assim, uma qualidade definitiva e coercitiva aos sujeitos da lide. (TEMER, 2008, p. 87).

Dessa maneira, o Judiciário em casos em que existe uma resistência de vontades, tomará para si a incumbência de decidir sobre as questões de Direito empregando conteúdo cogente às partes de um processo com a finalidade de pacificar uma crise jurídica. (TAVARES, 2020, p. 1191).

Em outro giro, a jurisdição também será vislumbrada nos casos cujo os interesses das partes são comuns, mas por exigência legal ainda é necessário reconhecimento judicial validar aos atos. Portanto, nessa situação não há substituição de vontades, mas o reconhecimento e homologação dessas. (NEVES, 2021, p. 61).

Para o exercício da sua função, o Poder Judiciário possui uma singularidade em relação aos outros. Sua investidura, na maioria dos países, não é realizada por sufrágio eleitoral, ou seja, não é o povo que escolhe diretamente os seus magistrados. (COMPARATO, 2004, p. 151).

Essa condição particular, impele ao juiz uma característica que deve acompanhar a judicância e afiançará a legitimidade suas decisões, esse atributo é, respectivamente, a independência (COMPARATO, 2004, p. 151).

A independência do judiciário, quanto ao âmbito externo, deve ser compreendida como a ausência de qualquer espécie de coação ou intimidação por parte dos outros poderes do Estado. Outrossim, os juízes também devem ser neutros à mecanismos não-estatais dotados de grande influência social ou econômica, como por exemplo, a imprensa. (BADARÓ, 2020, p. 48–49).

É a independência funcional dos magistrados corolário da garantia institucional do regime democrático que assegurará o apreço aos direitos individuais fundamentais de uma ordem jurídica. (COMPARATO, 2004, p. 152).

7 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é originado da necessidade de proteção dos valores político-sociais de uma sociedade, e, consequentemente, da sua Constituição. Nessa vista, o anseio de um povo pela manutenção ou inovação normas das fundamentais à nação é passível de litígios que, eventualmente, ensejarão a demanda

por decisões uníssonas que expressem os preceitos fundantes. (TAVARES, 2020, p. 121–122).

Como medida que se impõe, para a perpetuação dos valores de uma Constituição, é imprescindível que na organização do Estado exista àquele agente capaz de compreender, por último, os valores primários e aqueles sobrejacentes, ou ainda, que expurge do sistema jurídico inovações legais cujo conteúdo afronte o ideal constitucional que lhe é próprio. Essa concepção traduz-se no controle de constitucionalidade (TAVARES, 2020, p. 111–121).

Assim, o controle de constitucionalidade impõe ao agente estatal capaz, o ônus de compreender os sentidos e concepções caras ao Estado e expressas na Constituição. Nesse passo, na eminência de subversão dessas características, é crucial que aquele imponha medidas jurídicas para manutenção da unidade política. (BRANCO; MENDES, 2021, p. 2313–2315).

Define-se controle de constitucionalidade, como: “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”. (MIRANDA, 1983, p. 273–274).

Por outro ângulo, pode-se classificar o controle de constitucionalidade sob duas perspectivas. Primeiramente, a formal, apura se o rito de elaboração das leis e emendas seguiu o procedimento previsto na Constituição. A segunda é a análise relativa ao conteúdo do objeto examinado, ou seja, se esse é compatível com a norma constitucional, denomina-se material. (MARQUES, 2010, p. 93–94).

A tensão se pousa sobre o controle de constitucionalidade material, cuja análise se detém sobre preferência de valores estimados pela norma constitucional. Denota assim, teor político, porquanto, incide frontalmente sobre a decisão do Legislativo ou Executivo de modificar a norma fundante. (MARQUES, 2010, p. 94).

O ponto de dissenso nos Estados modernos é justamente a designação do agente capaz de impor por último a norma constitucional, ou seja, a competência de realizar o controle de constitucionalidade, sem interferir nas competências das outras funções. (FERREIRA, 2011, p. 1–2).

Por óbvio que cada país possui sua característica própria. Contudo, é imperioso apontar a relação da escolha do modelo de instância máxima com o processo de separação dos poderes. (VERBICARO; FADEI, 2018, p. 254).

Esse nexo é compreendido entre à relação dos Estados modernos com os poderes predominantes em sua história constitucional. O vínculo é gerado pela resistência e adequação de uma sociedade ao modelo adotado em sua Constituição, de forma que, a organização das instituições de um país é diretamente afetada pela sobreposição de um poder sobre o outro. (BARROSO, 2020, p. 487–488).

Mirando essa preposição, e de maneira concisa, quanto ao órgão de controle esses constituem-se em dois grupos. São eles o controle político e controle jurisdicional (BRANCO; MENDES, 2021, p. 2325–2326).

7.1 CONTROLE CONSTITUCIONAL POLÍTICO

Na França pós Revolução, a desconfiança nos magistrados e na monarquia, imperou na construção de um sistema jurídico constitucional que atribuía confiança de expressar a vontade geral ao Poder Legislativo, muito em razão das influencias de Montesquieu que compreendiam o anseio popular nos legisladores:

Na Europa continental do final do século XVIII, o princípio da separação dos poderes foi compreendido como limitação dos poderes do rei e dos juízes em favor do parlamento. Na França, além das contingências históricas que levaram os juízes a serem vistos com desconfiança, teve grande repercussão a obra de Rousseau, que concebeu o parlamento como depositário da soberania nacional, a refletir a vontade geral dos indivíduos nele representados, e, por consequência, como órgão não suscetível a limitações e controle da parte de sujeitos sem legitimidade democrática. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1247).

Com o advento da Lei Revolucionária de 1790, o Poder Legislativo impôs determinações ao Judiciário que se refletiram na limitação da interferência dos magistrados na competência políticas do parlamento, denominada de. No mesmo instituto legal, também surge a “référe facultative”, compreendida como obrigação de consulta do juiz aos representantes do povo no caso de lacunas na legislação, com a finalidade de determinar a vontade popular. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1237).

Demonstra-se, portanto, a aversão da França pós-revolucionária ao judiciário, cuja consequência é o controle constitucional político, exacerbando o anseio pela supremacia parlamentar:

O controle judicial de constitucionalidade das leis seria, nessa conjuntura, tão teratológico que nem sequer se estimou necessária a sua proibição específica, bastando a vedação genérica, imposta em outros preceitos normativos e de constituições da época, a que o juiz deixasse, por qualquer motivo, de conferir aplicação às leis³⁷. A supremacia do Parlamento não era, portanto, passível de contraste. O que o Legislativo decidia externava a vontade do povo e não tinha como ser censurado. Supremacia do Parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à ideia de um instrumento normativo superior ao Parlamento e à lei. (BRANCO; MENDES, 2021, p. 86).

Quase que dois séculos depois, com a Constituição da República de 1946 daquele país, surge um Comité Constitucional, que timidamente, expressa um controle de constitucionalidade propriamente dito. Entretanto, em doze anos de sua existência apenas se reuniu uma única vez. (VIEIRA, 1999, p. 43–44).

O controle de constitucionalidade francês só se origina, propriamente, em 1958, com a criação do *Conseil Constitutionnel* pela nova Constituição⁵. Nesse texto, do artigo 56 ao 63, o legislador da França estrutura o órgão ao definir a função de observar a legalidade constitucional das novas leis orgânicas. (VIEIRA, 1999, p. 44).

Sua composição é feita por nove membros que tem mandado de nove anos, sem a possibilidade de ampliação, além dos antigos Presidentes da República, que possuem voz imperativa em caso de empate. A Constituição também determina que um terço será renovado a cada três anos. Ademais, é incompatível com a função do Conselho, ministros de Estado ou membros do Parlamento. (VIEIRA, 1999, p. 44–45)

Apesar da França ser apontada como arquétipo desse tipo de controle, podemos observá-la, de certa forma, em outros países europeus, como Portugal e Itália. Na monarquia portuguesa esse era o sistema adotado. Posteriormente, com o declínio da forma de governo, o exame de constitucionalismo político foi reafirmado na Constituição de 1933, para as inconstitucionalidades formais ou orgânicas de leis promulgadas pelo Presidente. (VIEIRA, 1999, p. 45).

Na Itália, por sua vez, existe um sistema judicial de exame de constitucionalidade, e um político. Esse é exercido pelo Presidente que poderá, quando entender conveniente, suspender a promulgação da legislação, reenviando a norma para nova apreciação das Câmaras. (VIEIRA, 1999, p. 45).

⁵ *Conseil Constitutionnel*: Conselho constitucional francês responsável pelo controle de constitucionalidade.

7.2 CONTROLE CONSTITUCIONAL JURISDICIONAL

7.2.1 Controle de constitucionalidade americano

Exercido por órgão integrante do Poder Judiciário, o exame constitucional judicial deve ser examinado, primeiramente, com apuração dos norte-americanos. Apesar da sua Constituição não expressar literalmente o controle de constitucionalidade por integrantes do judiciário, depreende-se do exame dos Debates da Convenção da Filadélfia que, esse seria o desejo da maioria dos delegados ativos na Assembleia. (HORTA, 1999, p. 139).

Os norte-americanos consideravam que o Judiciário, em relação aos outros, era o poder que menos se avocaria de protagonismo prejudicial à Constituição, pois compreendiam que os magistrados não eram dotados de força suficiente para influenciar o capital, nem tampouco as forças militares:

Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo. Já essa simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado; 3º) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458).

O sistema dos Estados Unidos, portanto, é inicialmente justificado na interpretação receosa da tirania do parlamento, sendo os juízes, por vezes, considerados força motriz do progresso. (MARQUES, 2010, p. 96–98).

Em vista da disparidade de armas entre os Poderes, incluíram a garantia de inamovibilidade dos magistrados, assimilando ser inerente a atividade judicial oposição ao despotismo monárquico e tirania do legislativo. Porquanto, essa prerrogativa seria essencial a ao vigor e a imparcialidade da justiça. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 457).

Uma segunda justificação para seu exame de constitucionalidade é a estrutura do sistema federativo americano de característica centrípeta de cunho dualista, isto é, dividido em União e Estados. Esses eram dotados de forte poder político, por essa razão comum eram os conflitos de competência. A terceira causa é a sólida cultura estadunidense de defesa das garantias fundamentais, especialmente àquelas de primeira geração de cunho liberal. (BONAVIDES, 1994, p. 316–317).

Com sua natureza, eminentemente, técnico-jurídica, aplica o controle de constitucionalidade difuso, no qual, qualquer magistrado defronte de caso concreto, formalmente ou materialmente inconstitucional, irá opor-se a aberração no sistema, denomina-se *judicial review*. Logo a análise é feita por via incidental.⁶ (COMPARATO, 2004, p. 152; SILVA, 2016, p. 564).

Como demonstração da importância da experiência americana, pode se citar que a primeira expressão do exame de inconstitucionalidade se deu no exame de lei infraconstitucional desse país, no renomado caso William Marbury contra James Madison. (BARROSO, 2020, p. 199).

O caso complexo aconteceu no ano de 1801, quando o presidente John Adams disputaria a reeleição. Entretanto, as previsões não eram favoráveis e o então chefe do Executivo decidiu usar sua influência no Congresso para modificar a composição do Poder Judiciário Federal. (CASAGRANDE; TIBÚRCIO, 2019, p. 200).

Assim, foi promulgado nos últimos dias de mandato a lei conhecida como *Judiciary Act*⁷, cuja finalidade era aumentar número de magistrados indicados por Adams e, consequentemente, sua influência junto aos tribunais. O plano de fundo e a motivação para o avanço sobre as cortes era uma disputa política entre o Partido Republicano e o Federalista que tinham ideias contrariais acerca da centralização de poder. (CASAGRANDE; TIBÚRCIO, 2019, p. 200).

Com a derrota nas eleições, o então presidente Adams indicou 42 (quarenta e dois) juízes federais para aprovação do Congresso que, o fez, pois, a sua composição também era de maioria Republicana. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1241).

O Secretário de Estado já indicado para ser Presidente da Suprema Corte foi incumbido de entregar os atos de investidura a todos os aprovados pelo Congresso,

⁶ *Judicial review*: Como é denominado o sistema americano no qual os juízes em todas as jurisdições têm que exercer controle de constitucionalidade.

⁷ *Juciaty act*: Lei americana de 1801 que buscava alteração na composição do Judiciário Federal.

mas na iminência do pedido não teve tempo hábil para cumprir com a obrigação de entregar a todos. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1241).

Com o novo governo, e a posse do novo Secretário de Estado John Marshall, não havia interesse político em nomear aqueles que deixaram de receber os atos de investidura. O nomeado, mas não empossado William Marbury requereu a Suprema Corte a ordem de *mandamus* para obrigar sua investidura pelo governo de Jefferson. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1241).

Desse modo, a Suprema Corte naquele momento exerceu pela primeira vez o controle de constitucionalidade como estratégia de evitar um problema político que poderia acontecer na negativa ou aceitação da tese de Marbury:

“O processo continha questões políticas e jurídicas delicadas. O ponto central era determinar se a Suprema Corte poderia expedir uma decisão mandamental contra o secretário de estado. Se os juízes respondessem negativamente, estariam abdicando do “poder judicial” que a Constituição lhes conferia, restringindo a plenitude de sua função de “freio e contrapeso” em relação ao Poder Executivo. Se, ao contrário, os juízes decidissem favoravelmente à tese de Marbury, corriam o risco de um confrontamento institucional, já que o Judiciário não teria meios de impor o cumprimento desta decisão, e era muito provável que Jefferson e Madison estivessem dispostos a confrontar a Corte, o que levaria igualmente à sua desmoralização e redução de seu papel político.” (CASAGRANDE; TIBÚRCIO, 2019, p. 201).

Como solução para o conflito a corte analisou o caso sobre três vertentes: a primeira era a supremacia da Constituição diante de norma infraconstitucional, a segunda foi a capacidade do *mandamus* ser remédio para ilegalidade de ato ilegal do executivo e a terceira importou na competência da corte em julgar atos do Executivo:

Nesse aspecto, a decisão procurou estabelecer um critério legal para guiar o exercício da jurisdição pelo Tribunal, formulando a teoria das questões políticas. [...] No entanto, se um direito individual estiver dependendo da prática de um ato da autoridade, a questão se transforma em jurídica, e o ofendido pode recorrer aos Tribunais para proteger seu direito. [...] A questão política estava inteiramente sujeita ao jogo democrático majoritário, mas as questões que envolvessem direitos individuais eram questões jurídicas, controláveis pela Corte por meio dos princípios fixos, à moda da política de consenso da tradição colonial. A Corte reconheceu que o caso tratava de uma questão jurídica e que o direito violado era passível de ser tutelado por um recurso judicialmente. Ao passar para a análise do remédio utilizado por Marbury para proteger seu direito violado, a Corte reconheceu que, embora o *mandamus* fosse o remédio hábil, não era possível impetrá-lo diretamente perante a Corte. Para chegar a essa conclusão, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da previsão

constante no Judiciary Act de 1789, que atribuía uma competência originária à Suprema Corte não prevista na Constituição (CASAGRANDE; TIBÚRCIO, 2019, p. 210).

Por compreender a inconstitucionalidade da seção 13 da Lei *Judiciary Act*, de 1789, a Suprema Corte iniciou naquele momento um precedente que imputou na compreensão do controle difuso. (LENZA, 2020, p. 207).

7.2.2 Controle de constitucionalidade austríaco

No início do século XX, a Europa se encontrava em acelerada transição das monarquias constitucionais, em direção ao sistema parlamentar constitucional. Tal concepção atraia os olhares dos juristas que observando a proximidade entre o Legislativo e o Executivo no sistema de governo, buscavam ideias cujo conteúdo expressasse a melhor ideia de separação de poderes e controle de constitucionalidade. (BRANCO; MENDES, 2021, p. 87).

Nesse plano, Hans Kelsen e Schmitt traçavam ideias frontalmente opostas e seus debates originaram, o que ficou conhecido como controle jurisdicional constitucional. (BRANCO; MENDES, 2021).

Kelsen naquela época possuía visão formalista e não-rígida da Constituição, de maneira que, acreditava que o texto constitucional ascenderia em hierarquia às demais normas. Por isso, advogou por um órgão que ao julgar os valores mais caros de uma nação, não se dispusesse de parcialidade para fazê-lo. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1248).

Ele concluía que o Tribunal Constitucional poderia através do controle concentrado, analisar os atos das funções de outros governos, e, portanto, expurgar do sistema a norma inconstitucional. Vale ressalva dos efeitos dessa decisão que não alcançariam os atos do passado, limitando-se ao futuro. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1248–1249).

Para tanto, o controle concentrado de Kelsen, inicialmente, limitava os legitimados para propor o exame da constitucionalidade, atribuindo ao governo federal e estadual o direito de rogar pela inconstitucionalidade de uma lei cuja incidência era respectivamente da sua alçada. Logo, não havia qualquer necessidade de invocar caso concreto. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1250).

Acerca da diferenciação da função jurisdicional de um tribunal comum e um tribunal constitucional, ele afirma a característica do primeiro se referir aos casos concretos, enquanto que o segundo julga a adequação da norma infraconstitucional à Constituição, atribuindo-lhe a característica de ser um “legislador negativo”:

Porem entre o tipo de função de tal tribunal constitucional e os tribunais normais insere-se, com seu poder de controle de leis e decretos, uma forma intermediária muito digna de nota. Pois um tribunal que não aplica no caso concreto uma lei por sua inconstitucionalidade ou um decreto por sua ilegalidade, elimina uma norma geral e assim atua também como legislador negativo (no sentido material da palavra *lex-lex*). Apenas observe-se que a anulação da norma geral é limitada a um caso, não se dando – como na decisão de um tribunal constitucional – de modo total, ou seja, para todos os casos possíveis. (KELSEN, 2003, p. 263–264).

Essa concepção kelsiana foi adotada na Constituição de 1920, da Áustria que aproveitando-se de tribunais já existentes naquele país, atribuiu a Corte Constitucional nomeada de *Verfassungsgerichtshof*, o papel de guardião da Constituição. Contudo, a ideia foi aperfeiçoada em 1929, com a reforma da norma maior. Na prática, o postulado de Kelsen não se atinha propriamente aos direitos individuais violados por normas infraconstitucionais. Portanto, na ausência do interesse do Governo, estava instaurado uma lacuna, devidamente corrigida ao atribuir a esses juízes capacidade postulatória juntamente à Corte Constitucional com a finalidade de resolução da contenda. (MARINONI; SARLET; MITIDIERO, 2019, p. 1250–1251).

O modelo inspirou diversos países, como Alemanha, Espanha e Itália, sobretudo após o final da Segunda Guerra Mundial cujo desfecho demonstrou que o exame constitucional intrinsecamente ligados ao Executivo e Legislativo, no caso mais latente na Europa não surtiu efeito diante do totalitarismo. (BRANCO; MENDES, 2021, p. 87).

7.2.3 Controle de constitucionalidade alemão

Com a decadência da Constituição de Weimar que foi minada pelo autoritarismo do nacional-socialismo do nazismo, surge após a Segunda Guerra Mundial a Lei Fundamental de 1949 da Alemanha ocidental, que agora adotava uma República parlamentar com duas casas legislativas. (BARROSO, 2020, p. 52–54).

Já no que se refere ao Executivo é dividido entre o Presidente da República – com função de Chefe de Estado, e o Governo Federal composto pelo Chanceler e dos ministros – exercitando a política interna –. (BARROSO, 2020, p. 52–54).

O Poder Judiciário é exercido tanto no âmbito federal, como no estadual, apesar de ser administrativamente vinculado ao primeiro. Quanto a competência ela é via de regra exercida no âmbito estadual com seus órgãos de jurisdição especializada, que tem recorribilidade aos órgãos uniformizadores federais. (BARROSO, 2020, p. 54).

Nesse sentido, a Alemanha decidiu por seguir o controle concentrado proposto por Kelsen, ao denotar uma Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht - BVerfGG*), independente do Judiciário, de modo a permitir que os magistrados em resolução de dissídio individual ao se defrontar com causa prejudicial que envolve matéria constitucional irá suspender e encaminhar a questão ao juízo da Lei Maior. (BARROSO, 2020, p. 55).

Seguindo a modificação feita pela Áustria em 1929, os germânicos também adotaram o controle abstrato que irá ser suscitada pelo Governo federal ou estadual, por 1/3 (um terço) dos parlamentares, além do Governo das minorias. Esses poderão levantar teses de inconstitucionalidade de normas estaduais e federais. (VIEIRA, 1999, p. 48).

Por fim, o artigo 19,4 da Lei Fundamental da Alemanha, dispõe ao cidadão legitimidade ativa para interpor recurso contra decisões judiciais, atos administrativos e atos legislativos que violem suas garantias fundamentais. Esse recurso é chamado de *Verfassungsbeschwerde*.⁸ (BARROSO, 2020, p. 56; VIEIRA, 1999, p. 49).

8 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Da observação do órgão que exerce o controle de constitucionalidade percebe-se que ser realizado por agentes políticos e jurisdicionais. (BRANCO; MENDES, 2021, p. 2325–2326).

Quanto aos de natureza jurisdicional, há uma diferenciação quanto ao posicionamento desse órgão na estrutura dos poderes. Existem Cortes

⁸ Verfassungsbeschwerde: julgamento da queixa constitucional.

Constitucionais inseridas no âmbito do Poder Judiciário, e outras que se colocam acima dos demais poderes. Nesse sentido, a distinção é assimilada como a independência da corte superior quanto aos demais poderes, incluindo o próprio Judiciário. (PEREZ, 2021).

Essa Corte Constitucional *stricto sensu* idealizada por Kelsen foi experimentada por vários países após a sua primeira implementação na Áustria de 1920. Modelos similares foram experimentados pela República Italiana em 1948, pela Alemanha Ocidental em 1949 e da Espanha. (BRANCO; MENDES, 2021; VIEIRA, 1999, p. 87).

No seu arquétipo, esse órgão de análise de matéria estritamente constitucional propõe uma estrutura que concilia os requisitos da separação de poderes indicados por José Afonso que são independência e harmonia:

A *independência dos poderes* significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros. (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. (...) A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. (SILVA, 2016, p. 111–112).

Ademais, esse esquema de organização ameniza o problema do abarrotamento de ações na corte maior, uma vez há de se distingui-lo de uma corte de recursos. A exclusividade da corte, entretanto, deve ser integrada com um rol de competências constitucionais condizentes com as matérias efetivamente relevantes a um povo. (PEREZ, 2021).

Dito isso, há de se observar que a forma de ingresso dos juízes que irão compor as Cortes Constitucionais também irá afetar diretamente a sua política-jurídica. Ademais, ao analisar o crescente papel dessas Cortes na era contemporânea percebe-se que a busca por uma forma de eleição isonômica desses magistrados é vital para a separação eficaz dos Poderes.

8.1 A COMPOSIÇÃO DOS MEMBROS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS COMO EXPRESSÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Por sua característica definitiva e, predominantemente, *erga omnes*, a eleição dos membros das Cortes Constitucionais é assunto de grandes divergências nas normas superiores. A quantidade de membros, pluralidade participativa de poderes para eleger os juízes, suas características individuais e impedimentos, além do tamanho do mandato e a possibilidade de reeleição são temas discutidos ao redor do mundo.

8.1.1 Da quantidade ideal de membros

Acerca da quantidade de membros é prudente que o Tribunal máximo não tenha demasiado número de integrantes, compreendendo que a Corte irá apreciar apenas interpretações sobre a Constituição. (KELSEN, 2003, p. 153–154).

Em outra vista, existe também a visão de que devem existir tantos quanto membros necessários para suprir as classes profissionais para que essas sejam representadas e legitimadas. (OLIVEIRA, 2016, p. 11).

8.1.2 Poder competente para designar os juízes

Quanto aos agentes competentes para escolher os membros dos Tribunais Constitucionais é recomendado que não seja exclusividade de um só Poder. A finalidade é que não haja sobreposição de vontade de um sobre outro. (KELSEN, 2003, p. 154).

Nesse universo, há duas maneiras mais comuns de agregar a representatividade, sendo a primeira através da distribuição da capacidade de eleger os membros pelos Poderes, de forma que cada um desses tenha participação na escolha. Esse sistema é adotado, por exemplo, em Portugal cujo Congresso escolhe dez juízes e o Poder Judiciário escolhe três.

A segunda forma de escolha, impõe a indicação dos membros por um único agente, mas que a nomeação do juiz seja submetida aos outros Poderes para que esses também exerçam influência na decisão. Esse modelo é adotado, por exemplo, no Brasil, Estados Unidos e Coreia do Sul. (TAVARES FILHO, 2009, p. 20).

8.1.3 Da possibilidade de mandato para os membros da Corte Maior

Acerca do mandato dos juízes existem dois modelos que apresentam suas qualidades e seus defeitos. Logo, ou adota-se a vitaliciedade dos juízes ou impõe mandados aos membros, nesse ponto a escolha irá afetar no trato político do órgão:

A definição do tempo de permanência dos membros da Suprema Corte (SC) ou da Corte Constitucional (CC) em seus cargos é uma das questões mais importantes de desenho institucional do Judiciário, na medida em que repercute diretamente no equilíbrio entre independência judicial e *judicial accountability*. (PESSANHA, 2011, p. 130)

A defesa daqueles que compreendem a vitaliciedade dos magistrados é sustentada na garantia da estabilidade do servidor público para que esse exerça sua função de maneira independente. (MAROUBO, 2021, p. 62–66).

Como ponto negativo se impõe a deformidade que o sistema causa no sistema como um todo. Isso se dá porque como há imprevisão da aposentadoria dos ministros. Alguns governos e legislaturas escolhem grande número de membros que permearão por um período indeterminado. Isso gerará um desbalanceamento de influência político-cultural no Tribunal que pode as questões *sub judice*. Além disso, essa perspectiva gera um comportamento naqueles que têm o dever-poder de escolher os membros que, por muitas vezes, acabam indicando juízes mais novos para compor o cargo por estratégia política.(MAROUBO, 2021, p. 62–66).

Uma alternativa é a adoção pelos mandatos de tempo limitado dos juízes como alternativa ao problema de desbalanceamento de influência, de modo existisse periodicidade nas eleições, e consequentemente, na substituição segmentada desses.

Por sua vez, a escolha por um mandato também terá suas malfeitorias. A primeira é que o Tribunal pode ser utilizado como palanque político e construção de teses à contento pessoal. O que é evitado noutro sistema com o que se chama de quarentena, e também pode fazê-lo nesse. (MAROUBO, 2021, p. 65–66).

O segundo ponto negativo é a possibilidade de perda de rigidez das jurisprudências das cortes que estariam mais suscetíveis a mudanças de posicionamento em razão da maior quantidade de juízes transitando nos Tribunais. (MAROUBO, 2021, p. 65–66).

8.1.4 Da duração do mandato e possibilidade de renovação

O modelo que não adere a vitaliciedade dos magistrados é adotado por países como Portugal, Alemanha, Espanha, Itália, República Tcheca, Chile, dentre outros. Sua duração é em média de nove à doze anos e normalmente é escolhida de forma que não haja convergência entre as eleições do Legislativo e Executivo. Comumente, os países que adotam esse sistema impõem a impossibilidade de reeleição dos magistrados (TAVARES FILHO, 2009, p. 3–23).

A razão disso é que seria contrassenso adotar um mandato para o juízo tendo como finalidade a renovação do corpo de membros, e ao mesmo tempo permitir que esses pudessem se reelegerem. Aceitar isso é compactuar com a possibilidade de influência política no Tribunal.

8.1.5 As qualidades e impedimentos de um juiz constitucional

As Constituições nacionais adotam requisitos capacitários como critério de aptidão para a investidura dos membros das cortes. Para tanto, cada país vai adotar maneira específica e existe vasta parâmetros.

O primeiro se refere a idade dos juízes. Em sua grande maioria as nações adotam uma mínima como: Canadá, Bélgica (quarenta anos), Alemanha (quarenta e oito anos) e República Tcheca (quarenta anos) e Brasil (trinta e cinco anos). Também pode existir em alguns Estados uma idade máxima e a aposentadoria compulsória. (TAVARES FILHO, 2009, p. 3–23)

Também é adotado o critério de profissões que podem ser, a depender do país, juízes, membros dos respectivos custos *legis* da nação, professores, juristas ou advogados. (TAVARES FILHO, 2009, p. 3–23).

Uma ressalva é feita para aqueles países que não aderem a possibilidade de reeleição. Nesses casos não são admitidos juízes, mas não pela sua atividade jurisdicional, mas sim pela impossibilidade de novo período para judicatura.

Outra opção utilizada é o reconhecimento por seu caráter probo e experiência jurídica. Esses conceitos subjetivos são criticados por serem vagos e imprecisos. Um exemplo é o que acontece no Brasil que o requisito é ter “reputação ilibada e notório saber jurídico”. (MAROUBO, 2021, p. 62).

Situações peculiares de se apontar se referem aos critérios da França e Japão. O primeiro país tem critérios eminentemente político, e por isso tem sua Corte Constitucional eivada de vinculação político-ideológica. Já na Japão os juízes são indicados pelo Gabinete, e atestados pelo Imperador, essa escolha é submetida a referendo popular que irá se repetir a cada dez anos. Há ainda a necessidade de que dez tenham grande experiência jurídica, sendo dez que podem ser juízes, promotores, advogados ou professores de Direito e outros cinco que prescindirão dessas profissões. (TAVARES FILHO, 2009, p. 3–23).

Por sua via, os países visando a separação de Poderes e independência do funcional, constituíram critérios negativos que irão impedir a investidura. Para tanto, adotam critérios que em sua essência criam barreiras para a inexistência de vinculação sociopolítica.

Exemplos são as proibições de investidura daqueles que são membros do Executivo, Legislativo, ou ainda em alguns casos, de qualquer funcionário público. Outros países adotam ainda a necessidade de exclusividade para o exercício da função. (TAVARES FILHO, 2009, p. 3–23).

9 CONCLUSÃO

O objetivo da presente pesquisa consistiu em investigar se a disposição de uma Corte Constitucional alheia a estrutura dos três poderes fortaleceria a separação de poderes.

Desse modo, iniciou-se a análise da construção histórica sociedade democrática passando a compreender a confluência de várias experiências político-sociais. Viu-se que inicialmente, a democracia era denotada com sentido negativo, uma vez que estava inserida num contexto primitivo. Entretanto, no bojo das relações de poder surge lentamente uma reação de camadas sociais frente ao autoritarismo e domínio ilimitado.

Compreendeu-se que das monarquias absolutistas surgem as primeiras reações ao controle concentrado de poder. Foi a reação da burguesia que determinou os primeiros passos para a separação de poderes com a ascensão de um parlamento e das garantias individuais.

Da mesma maneira, vislumbrou-se que quase que concomitantemente, na França, a população também vivia sobre jugo do absolutismo. A causa originou a reação. Com os filósofos franceses e a valorização do saber, nasce naquele país o iluminismo que se separava das ideias divinas e volta-se para racionalização do ser. Refletindo sobre sua realidade, o povo francês começa a resistência ao seu algoz.

Já que no concerne aos Estados Unidos colonial, tornou-se patente que a oposição se dava em relação a agora monarquia parlamentar britânica, a qual estava envolvida com suas questões internas passou a exercer pressão sobre os americanos. Irresignados iniciaram o seu processo de independência.

Entendeu-se que os três processos tiveram resultados diversos, mas que repercutiram para a sociedade como um todo. Da Revolução Inglesa, os direitos individuais e políticos, da Revolução Francesa as garantias fundamentais de segunda geração.

Notou que nos Estados Unidos foi construída a primeira expressão escrita dos valores de um povo, a Constituição, documento fundamental da boa convivência entre os poderes e da supremacia da lei. Ademais, deduziu que a influência americana inspirou além de suas fronteiras, aprimorou-se ao longo do tempo, de modo que, outras nações passaram a adotar um documento escrito fundamental, incrementando o seu sentido a partir de suas experiências e concepções.

Constatou-se que a evolução histórica da Constituição se confunde com as histórias dos Estados. Ao mesmo tempo, reconheceu que é através da Constituição

que o povo delimita o papel do Estado. Dessa perspectiva, concluiu que as aspirações de um povo nem sempre são confluentes, e por isso cabe ao texto constitucional assegurar a imperatividade da lei e a unidade de um povo. Essa é a supremacia constitucional que emerge diante as demais normas e sobre todos os poderes.

Contudo, as relações humanas ensejaram mais valores intrínsecos a sua subsistência. Apresentou que não bastava a garantia dos Direitos Fundamentais Individuais, separação de poderes e subordinação de todos à lei. É necessário que o Estado seja democrático, que exista subordinação a supremacia popular, que efetive os pleitos dos cidadãos através de um agente capaz de concretizar aquilo exposto no texto.

Nesse passo, mostrou-se necessário a compreensão de quem interpretaria a norma constitucional, qual seria o poder capaz de aperfeiçoar os desejos da constituição ao mundo prático. A escolha do Poder capaz de interferir nos demais é de importância fundamental a um Estado. Pois, é ele que irá decidir quais são os sentimentos mais caros de uma sociedade.

Atentou-se para demonstrar que essa questão foi compreendida de forma diversa pelos países porque diferentes eram suas feridas. Na França pós-Revolução, por exemplo, havia uma desconfiança exacerbada no Legislativo e principalmente no judiciário. Desse molde, o parlamento ascende como representante do povo, e consequentemente, agente capaz de entender o sentimento da Constituição.

Em outra via, compreendeu-se que o processo de formação dos Estados Unidos importou na descrença no Executivo e no Legislativo, e que os americanos creditaram o poder de decidir sobre a Constituição ao Poder Judiciário. Nesse ponto, ficou apontado que os americanos através de sua Constituição rígida, também inauguraram a análise da adequação de norma infralegal à da norma constitucional.

Como visto, a adoção do sistema de controle de constitucionalidade pela via jurisdicional foi a preferência dentre as nações, isso porque, na grande maioria das formações do Estado, quase nunca foi o Poder Judiciário aquele mais nocivo pela busca de poder. Ademais, com o advento das questões sociais no início do século vinte, o judiciário tomou papel de grande relevância como garantidor da Justiça social e isonomia. Além de que, é o Judiciário que dentre os três tem papel contra majoritário.

Mas ao observar o postulado da separação dos poderes alguns pensadores se incomodaram com a concepção de que caberia a um órgão do Judiciário versar sobre questões sensíveis aos outros Poderes.

Para resolução desse conflito, viu-se a proposta de Kelsen propôs de uma Corte Constitucional não vinculada ao Poder Judiciário que pairasse sobre os outros poderes, detendo-se a questões exclusivamente constitucionais pelo controle abstrato.

Logo, o apartamento da Corte Constitucional do corpo do Poder Judiciário resolve o dilema da separação dos poderes?

Essa resolução kelsiana soluciona em parte o conflito de interesse da separação dos poderes. Observe-se que haverá paridade de forças e que os juízes constitucionais apesar exercerem função jurisdicional pela natureza técnica da questão, estarão acima dos três poderes.

Mas, ainda persistirão dois problemas. O primeiro se detém à apreciação dos Tribunais Constitucionais acerca dos direitos e garantias fundamentais violados por lei ou ato inconstitucional. A Alemanha, enfrentou essa situação e apresentou como solução a possibilidade do controle concreto, no qual, os juízes ordinários ao se depararem com possibilidade de inconstitucionalidade, suspenderão o processo e remeterão à Corte Constitucional (Bundesverfassungsgericht - BVerfGG).

Outra solução apresentada pelos alemães se refere à Reclamação Constitucional – *Verfassungsbeschwerde*, cuja a função é ser recurso interposto diretamente ao judiciário pelo cidadão que tem direito fundamental violado.

Entretanto, mesmo com essas correções é necessário adequar mais um aspecto. O modo de eleição dos magistrados. Nesse ângulo, pela compreensão histórica, principalmente da experiência constitucional americana, é notado que a indicação dos juízes das cortes constitucionais enseja grande participação política. E não pode deixar de sê-lo, pois é inerente a essência do Estado. Contudo, existem métodos capazes de aprimorar a representatividade, legitimidade e estabilidade política no ato de seleção dos magistrados constitucionais.

Assim, devem existir número pequeno de membros da corte e que sejam em sua totalidade ímpares para que se evite empates. Ademais, é prudente que a escolha dos membros envolva todos os três poderes de forma equânime, utilizando-se do sistema que distribui a capacidade de designação. Internamente o órgão deve expressar a vontade da maioria dos seus membros.

Na mesma via, é interessante que se destine uma quantidade de cadeiras à membros estranho aos Poderes, mas ligados a atividade técnica do Direito, e que esses sejam escolhidos em conjunto pelo Executivo, Legislativo e o Judiciário por critérios objetivos.

Como medida salutar a separação de poderes também se vislumbra a implementação de mandatos à Corte Constitucional com substituição de parte dos juízes periodicamente, além de não sejam simultâneas com as eleições executivas e legislativas.

Ademais, também é prudente que se evite a escolha de juízes que estejam vinculados ao Executivo ou ao Legislativo para não imputar em conflitos de interesse, além de não ser a função legislativa ou executiva atividade técnica que será exigida. Da mesma maneira, deve-se rechaçar da Corte Constitucional candidatos que estejam condenados criminalmente com trânsito em julgado por corte competente.

Feitas essas considerações é de suma importância compreender a disposição organizacional do Tribunal Constitucional avulso aos três poderes como vital para o Estado Democrático de Direito e, por consequência, para o postulado da separação dos poderes. Acrescido a isso, para efetiva isonomia entre os poderes e maior representatividade é indispensável que sejam adotados critérios de escolha coerentes com a independência dos poderes.

Por fim, sugere o aprofundamento nas Cortes Constitucionais de outros países, investigando sua respectiva história constitucional a fim de compreender quais são os motivos que levaram a sua composição. De outra vista, necessário também compreender a forma de seleção dos seus juízes.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, F. M. DA DIFERENÇA DE ESTRUTURAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NO VELHO E NOVO MUNDO: O ATIVISMO JUDICIAL SERIA MESMO UMA EXPRESSÃO TÍPICAMENTE AMERICANA? **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: RIDB, Ano**, v. 2, p. 7601–7626, 2013.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: António Campelo Amaral; Tradução: Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

BADARÓ, G. H. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

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

BOBBIO, N. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. v. 63

BOBBIO, N. **A teoria das formas de governo**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. [s.l.] Malheiros São Paulo, 1994. v. 30

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CARDIA, M. S. Cinco tipos de democracia institucional. **Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas**, n. 12, p. 309–316, 1998.

CASAGRANDE, C. L.; TIBÚRCIO, D. R. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a corte fora da política. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 19, n. 76, p. 199–224, 17 set. 2019.

CASTRO, F. L. DE. **História do direito geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

COMPARATO, F. KONDER. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, v. 18, p. 151–159, ago. 2004.

DALLARI, D. DE A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 16a. ed., atualizada e ampliada ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1998.

Democracia. Michaelis On-Line. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/democrACIA/>>. Acesso em: 3 out. 2021a

Democracia. Dicio. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/democracia/>>. Acesso em: 3 out. 2021b

DRIVER, S. S. A Declaração de Independência dos Estados Unidos. [s.l.] Zahar, 2006.

ESTADO DA VIRGÍNIA. Declaração de direitos do bom povo de Virgínia. 14 jun. 1776.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Declaração da Independência dos Estados Unidos da América. 4 jul. 1776.

FERREIRA, L. P. A CORTE CONSTITUCIONAL. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 4, p. 895–928, maio 2011.

FILHO, M. G. F. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**, v. 16, n. 40, p. 67–81, jun. 2015.

GARCÍA MORAGA, R. E.; LEÓN FÉLIX, R. A. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA. 2018.

HABERMAS, J. Direito e democracia: entre a factibilidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. O federalista. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

HERÓDOTO, H. História. Versão digital: Ebooks Brasil, 2006.

HORTA, R. M. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, H. Teoria pura do direito. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, H. A democracia. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H. Jurisdição constitucional. Tradução: Alexandre Krug. 1. ed ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, F. A essência de uma Constituição. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LINCOLN, A. O Discurso de Gettysburg. Página. Disponível em: <<https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-discurso-de-gettysburg>>. Acesso em: 13 out. 2021.

LOCKE, J. Dois tratados sobre o governo. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, L. G.; SARLET, I. W.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAROUBO, F. P. O processo de escolha dos ministros de Cortes Constitucionais: o debate brasileiro à luz da legitimidade democrática e do direito comparado. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, v. 8, n. 14, p. 37–69, 13 ago. 2021.

MARQUES, A. A. N. O nascimento do controle de constitucionalidade judicial. **Revista de Informação Legislativa**, Revista de Informação Legislativa. v. 47, n. 185, p. 91–103, mar. 2010.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MORAES, A. DE. **Direito constitucional.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil - Volume único.** 13. ed. Salvador: Juspodivum, 2021.

NOVAES, R. V. **República – Características Gerais das Magistraturas Romanas – Patrícios e Plebeus**Roberto Vasconcelos Novaes, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.robertonovaes.com.br/index.php/2020/07/26/republica-caracteristicas-gerais-das-magistraturas-romanas-patricios-plebeus/>>. Acesso em: 12 nov. 2021

OLIVEIRA, E. M. DE. Supremo Tribunal Federal: Uma Corte Constitucional Sui Generis. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 95, n. 2016, p. 37–59, jul. 2016.

OLIVEIRA, R. R. Platão e a questão da democracia na República. **Revista Estudos Filosóficos UFSJ**, n. 12, 22 jun. 2017.

PEIXOTO, L. S. D. ENO. O Poder Judiciário no Estado de Direitos. **Revista da EMERJ**, v. 16, n. 61, p. 189–207, mar. 2013.

PEREZ, G. F. S. Revista Ambito Jurídico. **O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional lato sensu**, v. XXIV, n. 204, 1 jan. 2021.

PESSANHA, R. B. V. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais.**

PINHEIRO, M. C. B. A constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais : a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 101–126, jan. 2006.

RODRÍGUEZ BURGOS, K. E. Democracia y tipos de democracia. In: **Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria**. México, D.F.: Tirant lo Blanch, 2015. p. 49–66.

ROSENFIELD, D. L. **O que é democracia.** 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2017.

- SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. 1a. ed., 2a. reimpr ed. Madrid: Alianza Ed, 1996.
- SILVA, E. M. DA. O Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 167, p. 213–229, set. 2005.
- SILVA, J. A. DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39^a edição ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. D. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TAVARES, A. R. **Manual do poder judiciário brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- TAVARES FILHO, N. **Tribunais constitucionais** Câmara dos Deputados, , fev. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1571>>. Acesso em: 15 nov. 2021
- TEIXEIRA SILVA, K. A.; DA SILVA ARANTES, I. C.; PEREIRA, J. R. “Quem não registra não é dono”: o sistema cartorial como representação do patrimonialismo no Brasil. **Administração Pública e Gestão Social**, 28 nov. 2019.
- TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TOCQUEVILLE, A. DE. **A democracia na América**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VERBICARO, L. P.; FADEI, A. L. M. O MODELO DE DEMOCRACIA À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, p. 248–274, 5 dez. 2018.
- VIEIRA, I. DE A. O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 41, p. 39–62, mar. 1999.
- WALLACE, W. M. **American Revolution: Washington takes command**. Enciclopédia digital. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/American-Revolution>>. Acesso em: 26 out. 2021.
- WEFFORT, F. C. (ED.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2008. v. 1