

# O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO UMA NOVA CONCEPÇÃO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO

THE CONSTITUTIONAL COURT AS A NEW CONCEPTION OF SEPARATION OF  
POWERS OF STATE

**MARCO CESAR DE CARVALHO<sup>1</sup>**

Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de  
Ensino – ITE, *campus* de Bauru-SP

**RESUMO:** Este artigo procura demonstrar como a tradicional separação ou divisão dos poderes parece ter sido superada a partir da instituição de um órgão ou função especificamente elaborado para manter o equilíbrio entre os poderes já constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário, mediante o controle de constitucionalidade de normas e atos conforme à Constituição de um Estado. A partir da demonstração da forma republicana de governo no Brasil e dos princípios daí decorrentes, discorreu-se sobre nossa forma de Estado e governo, bem como sobre o regime político e as Constituições do Brasil, onde há um sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, como uma fusão dos modelos europeu e estadunidense, onde o Supremo Tribunal Federal, que está na cúpula do Poder Judiciário, cumpre a função de uma Corte Constitucional, porém, na concepção de Hans Kelsen, a aplicação e interpretação do texto constitucional não poderia ser feita pelo próprio Poder Judiciário, mas por um Tribunal ou Corte Constitucional independentemente dele, não estando subordinado a nenhum outro poder, representando a evolução do Estado Democrático de Direito na consecução de seus objetivos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do Estado; regime e sistema de governo; constituições do Brasil; texto e norma constitucional; controle de constitucionalidade; tribunal constitucional.

**ABSTRACT:** This article seeks to demonstrate how the traditional separation or division of powers seems to have been overcome since the imposition of an organ or function specifically designed to maintain the balance between the powers already constituted - Executive, Legislative and Judiciary, through control of constitutionality of provisions and acts according to a State Constitution. After the demonstration of the republican form of government in Brazil and the principles deriving from them are talked about our way of state and government, as well as the political regime and the Constitutions of Brazil, where there is a mixed or hybrid control system constitutionality, as a fusion of European and American models, where the Supreme Court, which is in the Judicial Branch, fulfills the function of a Constitutional Court, however, in the design of Hans Kelsen, the application and interpretation of the constitutional text could not be taken by the Judiciary itself, but by a Court or Constitutional Court independently of him, not being subject to any other power, representing the evolution of the democratic rule of law in achieving its goals.

**KEYWORDS:** Theory of the State; regime and system of government, constitutions of Brazil, text and constitutional rule, control of constitutionality; constitutional court.

---

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FAAP, *campus* de Ribeirão Preto-SP e Professor do Curso de Direito, matérias Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Previdenciário, na *Libertas* Faculdades Integradas de São Sebastião do Paraíso-MG.

## 1 Introdução

No Brasil, quando se fala em jurisdição constitucional, inicialmente e tão logo fala-se na competência do Supremo Tribunal Federal – STF, a quem cabe a guarda da Constituição Federal da República Federativa do Brasil – CF/88, promulgada em 5 de outubro de 1988 (artigo 102, *caput*). Desde então, todo o ordenamento jurídico existente ou foi recepcionado ou foi declarado não conforme o texto constitucional e, conseqüentemente não recepcionado, e todo o arcabouço legislativo posterior, obrigatoriamente, deveria observar e se conformar ao regramento constitucional, em respeito ao princípio da integridade e coerência no direito. O STF até possui o *status* de um Tribunal ou Corte Constitucional, porém, não somente com tal função, face suas tantas outras atividades, bem como o exercício simultâneo de seus membros, em outros órgãos, como o Tribunal Superior Eleitoral e o Conselho Nacional de Justiça.

O tema da jurisdição constitucional está umbilicalmente ligado tanto ao controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos quanto à forma e aos sistemas de governo historicamente existentes e já adotados nos países mundo afora. Ocorre que no Brasil fora adotada a divisão clássica do poder, em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º, CF/88), independentes e harmônicos entre si, mas quem garante esta independência ou harmonia entre estas funções? E quem julga um conflito entre eles? Não deveria haver uma função ou órgão maior ou superior, com funções jurídicas sim para interpretar e aplicar o texto, mas também políticas para garantir a integridade do próprio Estado tendo em vista o próprio texto constitucional? Se esta função estatal existisse, então, poder-se-ia afirmar que não mais adotaríamos a clássica divisão, mas que estar-se-ia diante de uma nova divisão, a superação da tripartição do poder por uma divisão quadripartite como pode inicialmente parecer. E este órgão é a Corte Constitucional, tal como teoria desenvolvida por Hans Kelsen, idealizador do primeiro Tribunal Constitucional, onde esta Corte garantiria a supremacia do texto constitucional sobre tanto os demais poderes quanto sobre todas as demais normas que, então, a ele dever-se-iam conformar formal e materialmente.

No Poder Judiciário brasileiro, de origem romano-germânica, cada vez maior é a influência da *common law*, com a introdução de novas técnicas ou institutos como a *judicial review of legislation*, tanto que no Brasil há um modelo híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, inicialmente difuso e subjetivo, onde a jurisdição constitucional dar-se-á de forma difusa, com efeito *inter partes*, e, também de forma concentrada

(*Verfassungsgerichtsbarkeit*) e objetiva, com efeito *erga omnes*. Atualmente há uma aparente preferência ou prevalência pelo sistema concentrado de origem europeia, kelseniano.

Qual a relação da existência de um Tribunal ou Corte Constitucional com a forma de governo de um país e qual o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil? O Supremo Tribunal Federal cumpre sua função? Mas o que objetivaria uma jurisdição constitucional (*judicial review of legislation* ou *Verfassungsgerichtsbarkeit*) e qual a força do texto constitucional? Este é o objeto do estudo e da análise deste artigo e que será abordado a seguir.

## **2 A forma republicana de governo e os princípios decorrentes**

Desde Roma antiga, passando pelo conceito mais atual ou moderno de república, o cidadão foi sendo erigido a, de fato, uma perspectiva a ser alçada e atendida pelo Estado, através dos seus governantes. Da ideia de república desenvolvida por Platão, na Escola de Atenas, passando por Aristóteles e sua referência aos três poderes em Atenas, até John Locke e Montesquieu, as formas de Estado ou se davam sob a forma de república ou sob a forma de uma monarquia. As monarquias diferenciam-se entre as absolutas e as constitucionais, onde já havia respeito ao direito legislado, já a república caracteriza-se pelo fato de que a estruturação do Estado se realizava mediante a vontade da pluralidade dos cidadãos, manifestada através do voto. Apenas na Antiguidade as Repúblicas foram aristocráticas, sociocráticas, democráticas. Atualmente são liberais ou autoritárias. As liberais caracterizam-se pela divisão dos Poderes, pela periodicidade do Legislativo e do Executivo, pela responsabilidade dos governantes, pelo respeito às liberdades públicas, em suma, pela adoção de um Estado Democrático de Direito. Já as autoritárias, apesar de constituídas sob a forma de um Estado de Direito, vão ao contrário, distorcendo ou lesando muitas das características inerentes a ela. E os Estados ainda se organizam sob uma forma unitária ou centralizada de poder (França), regionalizada como nos casos de Itália e Espanha com poder menos centralizado, ou federada (Alemanha, Argentina, Áustria, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México, Rússia).

A função judicial na Inglaterra, que até o início do século XVIII estava inserida no Poder do Rei, foi deste retirada através do Ato do Estabelecimento de 12 de junho de 1701, aprovado pelo Parlamento e concernente à dinastia britânica, determinou que os magistrados não mais exerceriam seu cargo *durante bene placito regis*, mas doravante *quandiu se bene gesserint*, ou seja, enquanto demonstrassem zelo no cumprimento de suas funções, e que

somente seriam afastados por decisão das casas daquele Parlamento, como muito bem narra Souza Júnior (2002, p. 53), constatando que: “*Nascia no Ocidente – com essa autêntica certidão – o Judiciário como poder independente.*”.

Muito mais que uma ideia, a separação dos Poderes foi positivada após a Revolução Francesa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>2</sup>, de 1789, quando a Assembleia Nacional Francesa reconheceu e declarou como direito do homem e do cidadão que: “*Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*”. Desde Locke (bipartição de poderes: legislativo e o *poder do rei*, o executivo) e Montesquieu (tripartição) tinha-se que a divisão dos poderes ou funções do Estado não poderia ser confundida com uma divisão do seu poder, mas que se tratava de uma divisão orgânica ou estrutural das suas funções, visando uma racionalidade no funcionamento do próprio Estado e a melhor observância do texto constitucional, pois cada poder constituído – Executivo, Legislativo e Judiciário – melhor exerceria seu papel, de forma autônoma, independente, porém, harmônica, o que se traduz no equilíbrio dessa interação (KIMMINICH, 1990, p. 291). E na forma federada, os Estados ainda devem deter uma forma de intervenção federal, de maneira que os vários centros de poder autônomos, ou as partes que compõem a federação, não se “rebelem” contra o todo, observando o ordenamento jurídico de forma harmônica. Também por isto, Kelsen (2013, p. 239) já expunha e advertia que:

I. A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal. Sobre a conveniência de tal busca é possível – segundo distintos pontos de vista políticos e em relação a distintas Constituições – chegar a opiniões bastante diversas. Pode haver situação em que a Constituição não se efetiva, mesmo em pontos essenciais, de modo que as garantias, ao permanecer inoperantes, perdem todo o sentido.

No Brasil, a Carta de Lei de 25 de março de 1824, que mandava observar a Constituição Política do Império do Brasil, também designada de Carta Imperial, foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, que se intitulava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, depois de dissolver a Assembleia Nacional Constituinte. Essa Constituição Política do Império tinha um texto com 179 artigos, dispostos em 8 títulos, e trazia a divisão do poder político com 4 funções, o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o

---

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/mla\\_MA\\_19926.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2014.

Poder Judicial e o Poder Moderador (art. 98) este responsável por assegurar a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes, funcionamento como o organizador de toda a atividade política, onde a pessoa do Imperador era inviolável, sagrada e irresponsável, ou melhor dizendo, não sujeita a responsabilidade alguma (art. 99).

O Império do Brasil se constituía sob a forma de um Estado unitário, dividido em províncias, com governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (arts. 1º a 4º). Portanto, o Brasil já experimentou tempos sob uma monarquia, que inclusive adotava um quarto poder ou, mais modernamente, uma quarta função do Estado, o Poder Moderador. Porém, e a respeito do Poder Moderador, Bonavides e Andrade (2002, p. 106) dissertam que:

O Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível. Nesse ponto Tobias Barreto tinha toda a razão em esconjurá-lo. Com efeito, o art. 101 estabelecia a competência do Imperador, como titular desse poder, cabendo-lhe um feixe constitucional de nove atribuições, assim determinadas: nomear senadores, convocar assembleia geral extraordinária nos intervalos das sessões legislativas, sancionar os decretos e resoluções da assembleia geral, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos provinciais, prorrogar ou adiar a assembleia geral e dissolver a Câmara dos Deputados bem como fazer a livre nomeação e demissão dos ministros de Estado, suspender magistrados em determinados casos, perdoar ou mitigar penas e conceder anistia em caso de urgência.

Atribuições de importância tão fundamental para o direito e a liberdade, para a vida e o funcionamento das instituições eram conferidas a um Imperador cuja pessoa a Constituição fazia inviolável e sagrada declarando ao mesmo tempo que não estava ele sujeito à responsabilidade alguma (art. 99).

Mas sob a égide da Monarquia Imperialista e daquela Carta Imperial, faltavam aos cidadãos instrumentos para exigir o cumprimento dos deveres do Império. Promovendo uma ruptura da ordem política anterior, e, depois de votada por um Congresso Nacional Constituinte, em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, logo após o fim da Monarquia, ocorrido em 15 de novembro de 1889 quando a República foi proclamada. A forma republicana perdurou em nosso país, a nossa atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. A respeito da importância do princípio republicano entre nós, Cruz e Schmitz (2008, p. 48) assinalaram que:

No Brasil, como em outros países da banda ocidental, os princípios constitucionais, por serem a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito, fazem com que a Constituição não seja somente um aglomerado de normas jurídicas, e sim a concretização dos valores daquele ordenamento jurídico, devendo haver uma total harmonia entre os princípios e regras, por serem essas espécies do gênero norma.

Os princípios constitucionais são instrumentos “superiores” para a interpretação, aplicação e mutação constitucional; mais ainda, o Princípio Republicano, princípio político-ideológico, que é o valor mais elevado inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil.

O Princípio Republicano foi a opção feita pelos constituintes brasileiros originários de 1988, que o estabeleceram como o fundamento de todo sistema normativo e como balizador da criação do “espaço público” ou da “Coisa Pública”.

O Princípio Republicano matiza os demais valores jurídicos nos ordenamentos nos quais é adotado e isso acontece inclusive naqueles países nos quais ele não é expressamente previsto. As “monarquias republicanas” europeias são os melhores exemplos.

E, conforme muito em destaque por Lewandowski (2005, pp. 189-190) a cerca da escolha tanto da forma de governo quanto da força desses princípios constitucionais republicanos:

Os constituintes de 1988, não por acaso, adotaram a forma de governo escolhida pelo povo no ano de 1891, em substituição à monarquia, estabelecendo, logo no art. 1º da Carta Magna, que o Brasil é uma república. Tratou-se de uma opção deliberada e plena de conseqüências, expressamente ratificada pela cidadania no plebiscito realizado em 7 de setembro de 1993, levada a efeito ao mesmo tempo em que definiram que o Estado teria uma configuração federal e adotaria o regime democrático.

[...]

Os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e "positivamente vinculantes". A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma conseqüência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.

Decorreriam da forma republicana de governo os seguintes princípios: a divisão ou separação dos poderes/funções; a soberania popular, sua representação e participação do povo junto ao poder (plebiscito, referendo, projeto de iniciativa popular, etc), e, a consequente garantia às minorias quando violados seus direitos; a responsabilização dos governantes e a prestação de contas de seu exercício; a proteção e a indisponibilidade do bem/interesse público; o pluralismo político (bi e multipartidarismo); a periodicidade do mandato eletivo/eleições; a temporariedade e eletividade (acesso) aos cargos públicos nos Poderes Executivo e Legislativo; os direitos de liberdade, igualdade jurídica e a observância à ordem jurídica (legalidade no sentido amplo).

Novamente busca-se em Lewandowski (2005, pp. 198-199) a demonstração da importância e da força normativa desses princípios que decorrem da própria opção pela forma republicana de governo, e a necessidade de sua expansão, a favor do próprio Estado:

Por fim, cumpre notar que, se todo princípio constitui um "mandamento de otimização", ou seja, um preceito que determina "*que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*" forçoso é concluir que o princípio republicano, enquanto complexo axiológico-normativo situado no ápice de nossa hierarquia constitucional, deve ser expandido em sua extensão máxima, afastando nesse processo todas os princípios, regras e atos que lhe sejam contrários.

Convém lembrar, todavia, que a força imperativa desse princípio será tanto maior quanto mais elevado for o grau de maturidade cívica dos cidadãos e quanto mais conscientes estejam de que são titulares não-só de direitos mas também de deveres em face da coletividade.

Mostra-se coerente que os povos, através da evolução das formas e sistemas de governo evoluindo de monarquias absolutas e repúblicas autoritárias a monarquias constitucionais e repúblicas liberais, busquem a tutela dos direitos que lhe são conferidos nos respectivos textos constitucionais, sendo que a estrita observância do texto representa a existência segura do próprio Estado, tal como seus objetivos e fundamentos. Afirmando que crises políticas já indicam a necessidade de uma reestruturação da organização política ocidental em diversos países, e que a realidade brasileira já demonstrou essa necessária reestruturação Russomano (1997, p. 142) já afirmava que a legislação não permanecia afeta tão somente ao Poder Legislativo, que a administração caberia somente ao Executivo num sentido estrito de sua concepção e que a função judicante encontra soluções fora do âmbito do Poder Judiciário, e muito bem descreveu que:

O Poder Legislativo exerce funções judicantes.  
Quando movimenta o “impeachment” contra o Presidente da República, na moldura do presidencialismo.  
O Poder Legislativo exerce funções administrativas  
Quando admite os funcionários que vão compor suas Secretarias.  
O Poder Executivo realiza funções legislativas  
Informalmente – quando elabora regulamentos. Formalmente – quando exara leis delegadas, decretos-leis, ou, como está a suceder no Brasil, medidas provisórias.  
O Poder Executivo pratica funções judicantes  
Quando prolata decisões atinentes à esfera administrativa.  
O Poder Judiciário exerce funções legislativas  
Quando exara decisões, através da Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos, as quais venham a estabelecer normas e condições de trabalho.  
O Poder Judiciário exerce funções administrativas  
Quando os Tribunais organizam os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei.

Enfim, evoluir no cumprimento do texto constitucional, seja pela própria organização do Estado na sua forma de 3 (três) poderes com suas respectivas e verdadeiras funções, seja pela adoção de um novo poder ou função, diferente da concepção clássica, através de um Tribunal ou Corte Constitucional, poderá dar ao Estado mais efetividade na razão de sua existência = o bem comum.

### **3. Breve histórico do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil**

Obrigatoriamente, e até porque a jurisdição constitucional rende seu principalmente

fundamento à teoria de Kelsen, faz-se necessário apresentar o conceito de constituição adotado por ele (2013, pp. 130-131) como:

O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplica-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.

Então, e diante da necessária conformação do ordenamento infraconstitucional à constituição, surge a necessidade de um controle judicial de constitucionalidade, judicial porque exige a interpretação de texto normativo, o que se dá nos países que possuem uma Constituição rígida, onde deva haver um procedimento mais rigoroso que o estipulado para as leis ordinárias, criando-se uma espécie de pirâmide normativa, tendo no ápice a Constituição.

Então, e analisando o histórico do sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, no seu primeiro texto constitucional, observar-se-á, que a Carta Imperial de 25 de março de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. De acordo com o seu art. 15, incisos VIII e IX, era o Poder Legislativo quem fazia, interpretava, suspendia e revogava as leis, bem como velava pela guarda da Constituição. Por sua vez, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, sob forte influência do direito norte-americano que adotara a *judicial review of legislation*, e sob um regime republicano, instalou um modelo difuso, subjetivo (*inter partes*) com competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, em face da Constituição, e a decisão do Tribunal fosse contra ela (art. 60, § 1º, “a” e “b”).

Já a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, altera profundamente o sistema de constitucionalidade, acrescentando que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia se dar pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, nos moldes da jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) alemã, evitando-se a insegurança jurídica decorrente de diversidade de entendimento nos tribunais (art. 179). Porém, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 retrocede no sistema de controle de constitucionalidade, e, muito embora tivesse preservado o

sistema difuso (art. 101, III, “b” e “c”) e de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte estabeleceu que para a declaração de inconstitucionalidade, o Presidente da República poderia submetê-la novamente ao Parlamento que se confirmada por 2/3 em cada uma das Câmaras (Câmara dos Deputados e Conselho Federal) tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal (art. 96, parágrafo único).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946 restaura o controle judicial no Direito brasileiro, disciplinando os recursos extraordinários (art. 101, III e art. 200 = reserva de plenário), mantendo também a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 64). A Emenda n. 16, de 26/11/1965 instituiu a representação interventiva e o controle abstrato de normas estaduais e federais. A Constituição da República Federativa, de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, mantiveram o sistema difuso. A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República foi ampliada, abrangendo além dos chamados princípios sensíveis<sup>3</sup> a execução de lei federal (art. 10, VII e VI 1ª parte). Sobre o controle judicial de constitucionalidade, Mendes (2009, pp. 1111-1112) enfatiza que:

Ao final dos anos oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se modelo *híbrido* ou misto de controle. [...]

O constituinte manteve o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a tomar essa iniciativa.

[...]

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado, inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

Finalmente, a Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988 amplia os mecanismos de proteção judicial e assim também o controle de constitucionalidade das leis. Foi mantida a representação interventiva (aferição da compatibilidade de direito estadual com os princípios sensíveis). Mas a grande mudança surge no controle abstrato de normas com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn (art. 102, I, “a” c/c art. 103), e

---

<sup>3</sup> Forma republicana, independência e harmonia dos Poderes, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, garantias do Poder Judiciário.

a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta. O Procurador Geral da República é apenas mais um dos órgãos ou entes legitimados para a ADIn. Assim, a CF/88 acabou por reduzir o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar a legitimação da ADIn. Também foi disciplinada a Ação Direta de Constitucionalidade – ADC (art. 102, I, “a” 2ª parte e § 4º do art. 103 da CF), inserida no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, e, após, regulamentada pela Lei nº 9.868 de 1999.

Portanto, e atualmente, há um sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que não é exercido exclusivamente por um único órgão, como nos Estados unitários e com poder central (no exemplo clássico de França) e até nos Estados regionais com poder menos centralizado (Espanha e Itália), mas por todos os juízes no território nacional, característica dos Estados federados com vários centros de poder autônomos (Alemanha, Áustria, Estados Unidos, México, Rússia) consistindo num modelo híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, que se iniciou difuso, porque conferia incidentalmente, aos juízes e tribunais – *incidenter tantum* – o poder de afastar a aplicação da lei num caso concreto (arts. 97, 102, III, “a” a “d”, e 105, II, “a” e “b” da CF/88), mas cuja decisão surte apenas efeito *inter partes*, portanto subjetivo, ou também conhecido por via de exceção, isto porque, conforme Araújo e Nunes Júnior (2012, p. 60): “*excepciona o interessado (dentre toda a comunidade) do cumprimento da regra.*”, isto porque a decisão sobre a inconstitucionalidade não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito, tendo o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Sendo ainda que neste controle *incidenter tantum*, sequer haja disciplina minudente da questão constitucional, porém nos julgamentos colegiados deve-se observância ao disposto no art. 97 da CF/88 que prevê a cláusula da reserva de plenário, onde somente pelo voto da maioria absoluta dos membros ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (MENDES, 2009, pp. 1117-1120).

Este modelo difuso coexiste com o modelo concentrado, onde apenas alguns são legitimados junto ao STF para a arguição da inconstitucionalidade de alguma norma, mas que caminha, evidentemente, para uma predominância do sistema concentrado, com efeito *erga omnes*. A respeito do controle de constitucionalidade de normas na Constituição Federal de 1988 e da ampliação do sistema concentrado, segundo Mendes (2014, pp. 114-115):

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade

incidental ou difuso, ao ampliar de forma marcante a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

[...]

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se cogitava de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade para o Supremo Tribunal Federal.

Mas o controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem no modelo austríaco, que se irradiou pela Europa, e consiste na atribuição da guarda da Constituição a um único órgão ou a um número limitado deles, em lugar do modelo americano de fiscalização por todos os órgãos jurisdicionais (sistema difuso). No caso brasileiro, a Constituição prevê a possibilidade de controle concentrado, por via principal, a ser desempenhado:

**a)** no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo *Supremo Tribunal Federal*, na ação direta de 208/508 inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);

**b)** no plano estadual, e tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo *Tribunal de Justiça*, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (art. 125, § 2º).

O controle de constitucionalidade por ação direta de inconstitucionalidade – ADIn, ou por via principal, objetivamente ampliado pela CF/88, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ADIn destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição.

O ajuizamento de ADIn perante o STF faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexiste litígio referente a situações concretas ou individuais. A ação direta destina-se ao

juízo, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese face o texto constitucional. A tutela jurisdicional de situações individuais há de ser obtida, então, na via do controle difuso de constitucionalidade, à vista de um caso concreto, acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade. A crítica que se faz ao modelo concentrado aponta o reduzido número de legitimados para a ADIn, posto que no regime difuso foram instituídos “filtros” para acesso ao STF, como a repercussão geral e o efeito repetitivo da controvérsia nos recursos extraordinários.

### 3.1 O supremo tribunal federal e sua função institucional

A finalidade de um controle de constitucionalidade se dá nos países que possuem uma Constituição rígida, onde deva haver um procedimento mais rigoroso que o estipulado para as leis ordinárias, criando-se uma espécie de pirâmide normativa, tendo no ápice a Constituição. Assim, e para que haja um controle de constitucionalidade, são condições *sine qua non* tanto a existência deste texto constitucional quanto a lesão a determinado direito, sendo que é no modelo adotado pela Constituição que todo o ordenamento deve se conformar. Mais ainda, que esta Constituição seja rígida, necessitando para sua alteração um procedimento próprio. No sentido da existência de uma relação piramidal, cujo ápice se localiza o texto constitucional e ao qual todo o ordenamento infraconstitucional deva guardar estrita observância, Araújo e Nunes Júnior (2012, p. 56) dissertaram que:

Esse dever de compatibilidade vertical com a Carta Magna obedece, porém, dois parâmetros: um formal e outro material.

O parâmetro formal diz respeito às regras constitucionais referentes ao processo legislativo, vale dizer, aos meios constitucionalmente aptos a introduzir normas no sistema jurídico. A inobservância dessas regras procedimentais gera a inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica desse ato normativo.

O parâmetro material refere-se ao conteúdo das normas constitucionais. Assim, o conteúdo de uma norma infraordenada não pode ser antagônico ao de sua matriz constitucional;

Inicialmente, e em janeiro de 1829, o Supremo Tribunal de Justiça foi criado por D. Pedro, instituído através da Lei de 18-9-1828<sup>4</sup>, formado por dezessete (17) juízes letrados, com competência para julgar os conflitos de jurisdição, dentre outras causas (art. 5º). A partir da proclamação da República (em 15 de novembro de 1889), a denominação de “*Supremo*

---

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html)>. Acesso em 13 fev. 2014.

*Tribunal Federal*” adveio da Constituição Provisória publicada com o Decreto n. 510<sup>5</sup>, de 22 de junho de 1890 (art. 54), quando ele era composto por quinze (15) juízes nomeados pelo Presidente da República, dentre os trinta (30) juizes federais mais antigos e os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado (art. 55). A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, instituiu o controle difuso da constitucionalidade das leis (art. 59, III, § 1º, “b”).

Atualmente, ao Supremo Tribunal Federal – STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal da República Federativa do Brasil – CF/88, promulgada em 5 de outubro de 1988 (art. 102, *caput*), obviamente observada a disposição do citado art. 52, X, da CF/88 para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal. Desempenha o STF, de modo concentrado e, *ipso facto*, privativo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas em face da Constituição, nas hipóteses em que cabível. Analogamente a uma Corte Constitucional do sistema europeu, é atribuição do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei 209/508 ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade (art. 102, I, *a*) à Constituição Federal (BARROSO, 2012).

O sistema federativo vigente no Brasil dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados. Assim, prevê a Constituição a possibilidade da instituição de uma *representação* de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º). Embora não haja referência expressa no texto constitucional, é da lógica do sistema que a competência para processar e julgar, originariamente, essa ação (impropriamente referida como representação) seja do Tribunal de Justiça. Mas não se admite a atribuição ao Tribunal de Justiça dos Estados de competência para apreciar, em controle abstrato, a constitucionalidade de lei federal em face da Constituição Estadual, tampouco de lei municipal em face da Constituição Federal. E, em se tratando do controle judicial de constitucionalidade, e segundo Mendes (2009, p. 1.083):

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.  
[...]

---

<sup>5</sup> Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-510-22-junho-1890-507621-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 13 fev. 2014.

Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de Poderes com a instituição de uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo da definitividade.

Pelo modelo clássico europeu, o STF não pode ser chamado de uma Corte Constitucional já que faz parte do Poder Judiciário, seus membros são indicados exclusivamente pelo chefe do Poder Executivo posteriormente a uma sabatina pelo Senado Federal, e, além de apreciar casos concretos e abstratos em seu controle de constitucionalidade, possui uma competência para assuntos que não são exclusivamente constitucionais, haja vista a função de seus membros junto ao TSE ou CNJ. Porém, não é a designação de uma Corte como constitucional que traduz sua real função, encontre-se esta denominada de Conselho, Tribunal ou Corte Suprema, o que importa é a sua real atribuição, ou seja, conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, estando situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos (FAVOREU, 2004, p. 15).

O modelo europeu de justiça constitucional, desenvolvido a partir dos fundamentos fornecidos por Kelsen (2013, pp. 150-186), funda-se no controle de constitucionalidade concentrado preventivo e repressivo (ou *a priori* e *a posteriori*), onde uma Corte Constitucional somente aprecia o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas. Neste modelo o STF não poderia ser classificado como uma corte originalmente constitucional. No modelo estadunidense não há o controle concentrado, mas ainda assim nosso STF poderia ser chamado de Corte Superior porque igualmente pratica o controle difuso, mesmo diferindo na forma de escolha dos membros e na duração de seus mandatos.

Destacando a característica brasileira, num sistema híbrido (concentrado e difuso), bem como a evolução da própria forma como se dá a jurisdição constitucional pelo STF, cada vez mais como garantidor dos direitos estabelecidos na CF/88 e de tantos outros tratados ou convenções comunitariamente pelo Brasil, Rocha e Queiroz (2011, p. 2) também concluem que nosso sistema: “*Trata-se, assim de um sistema diferenciado e complexo, com peculiaridades próprias, formando um terceiro modelo com natureza político-institucional autônoma.*”. E é exatamente este sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que temos que desenvolver, porque se observa que nosso sistema sofreu incrível mudança, caminhando do difuso para a coexistência com o concentrado, e por fim um forte avanço do sistema concentrado. Mas em países como México, Costa Rica, Guatemala, Bolívia e

Colômbia, os cidadãos podem lançar mão de uma ação de amparo para a defesa de seus direitos direta ou originariamente junto às suas Cortes Superiores ou Constitucionais, o que ainda não é possível entre nós. Mas o STF ainda exerce uma função contra majoritária em se tratando de proteção de minorias. Faria (2012, pp. 8-9) bem explica a função de guardião do texto constitucional e de aplicador da lei e dos direitos e garantias fundamentais, ainda que contra uma faceta do princípio democrático da prevalência da maioria, explica que:

A dificuldade contra majoritária é superada em dois argumentos: a concessão constitucional expressa ao Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade das leis e o dever que lhe foi imposto de zelar pelos direitos e garantias fundamentais.

O primeiro se refere ao fato de ter a própria Carta Maior concedido ao Poder Judiciário a missão de apreciar os conflitos e julgar de acordo com a Constituição, tendo o poder de controlar efetivamente a constitucionalidade da produção legislativa a ponto de afastar lei inconstitucional, deixando de aplicá-la.

O segundo parte da premissa de que democracia não se resume ao princípio majoritário. A Constituição confere ao Poder Judiciário o papel de proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Apesar de aparentar ousada, mostra-se coerente a concepção de que nesse rol de proteção estariam incluídos os princípios constitucionais implícitos, a fim de englobar direitos inerentes ao homem, em uma visão jusnaturalista dos direitos fundamentais.

Assim, uma maioria não justifica um atentado a direitos que foram minimamente assegurados no texto constitucional, e que devam ser observados pelo Estado, sob pena de uma justa intervenção do Poder Judiciário para a busca da harmonia entre os poderes. Vejam, o Poder Judiciário não está legislando, mas ao contrário, está a impedir que leis que violem o texto constitucional, retirando-as do ordenamento jurídico, funcionando, portanto, como se convencionou chamar de um “legislador negativo”. Enfim, e em se tratando de direitos fundamentais, o Poder Judiciário deverá assegurar sua observação e cumprimento, seja diante de um posicionamento majoritário ou mesmo minoritário, para o cumprimento dos princípios republicanos e democráticos.

#### **4. O tribunal constitucional como uma nova função no estado**

Superando então a divisão tripartite do poder de Montesquieu, e até mesmo a ideia de Benjamin Constant, com a introdução de um poder moderador no Brasil na Carta Imperial de 1824, quando se analisa a evolução dos Estados, constata-se que houve realmente a superação do modelo tradicional de tripartição do poder, até porque observar e cumprir o texto constitucional é papel de todos e quaisquer poderes da organização de qualquer Estado de

Direito, mas quem fiscaliza ou faz cumprir tal ordenamento máximo? Sobre o desenvolvimento do conceito de “constituição” como lei fundamental pelo seu próprio conteúdo, refletindo e afirmando a natureza dos direitos da pessoa humana, norma esta intangível e a ser cumprida pelas autoridades e poderes constituídos, estes submissos ao texto que não se altera, ao menos por lei ordinária, Malfatti, Panizza e Romboli (2013a, p. 2) expõem que:

Giucano um ruolo favorevole in questa direzione alcuni elementi teorici fondamentali già acquisiti dai capi intellettuali del movimento di indipendenza nordamericano - che manca, invece, nella cultura europea del medesimo periodo storico - quali la matrice giusnaturalista della Costituzione e il principio (debitore, invero, della elaborazione di Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu) della separazione dei poteri statuali: la prima, infatti, concorre all’elaborazione del concetto di costituzione quale legge fondamentale in considerazione del suo contenuto, che recepisce i diritti di natura della persona umana sancendo la loro intangibilità e incomprimibilità ad opera dei pubblici poteri, ivi compresa l’attività del legislatore; il secondo determina, invece, il riconoscimento della differenza che corre tra potere costituente, capace di dar vita a una costituzione, e potere costituito, nell’ambito del quale è possibile collocare sia il potere giudiziario, sia quello esecutivo, ma anche quello legislativo, sottomesso al pari degli altri al potere costituente, e quindi non in grado di apportare modifiche alla costituzione vigente, almeno attraverso la legge ordinaria.

No entanto, e a respeito da construção da divisão tripartite do poder, um parêntese histórico se faz necessário porque a função judicante foi concebida por Montesquieu como um poder nulo, porque os juízes deveriam decidir tal como a lei previu, o julgamento era uma subsunção do texto legal, daí a expressão juiz *bouche de la loi* [boca da lei], com receio de que este poderia servir ao governante, assim, somente o legislativo poderia criar o direito, e o executivo as executava. O receio do arbítrio da toga criou este dogma, a partir dos ideais da Revolução Francesa e do Iluminismo, inspirando uma metodologia positivista, na chamada Escola da Exegese. Contudo o direito é vivo já que a sociedade não é estática, e o dogma de que o direito se restringia ao produto do legislativo não sobreviveu ao movimento social chamado de constitucionalismo<sup>6</sup>, onde nas constituições eram estabelecidas normas

---

<sup>6</sup> A partir da 2ª Guerra Mundial, as constituições européias passaram a estabelecer um programa político, ideológico, econômico, jurídico e eminentemente social para o futuro, o que até foi designado de o Estado Providência – *welfare state*, mas o fato importante é que seus textos passaram a impor, portanto com força normativa, que os poderes deviam-lhe observância e cumprimento, limitando mas vinculando a atuação dos detentores destes poderes, onde Streck (2002, pp. 32-33) muito bem constata que: “Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de *força normativa* da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente

estruturantes do ordenamento jurídico de um Estado e também direitos fundamentais aos seus cidadãos, às quais os próprios poderes constituídos bem como todo o ordenamento jurídico deveriam se submeter.

A discussão sobre o constitucionalismo hodierno é inafastável, ainda mais no Brasil e sua Constituição Federal de 1988, onde tantos dispositivos sequer foram efetivados, daí também a importância de uma jurisdição constitucional como forma de implementação destas políticas sociais porque, Streck salienta que o constitucionalismo atual congrega a ideia de Constituição tanto como norma fundamental de garantia como norma diretiva fundamental, e, muito bem constatou que (2002, p. 18):

As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas de modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas.

Mas superação daquela tripartição dos poderes já foi muito bem demonstrada, sob o ponto de vista das diversas funções do Estado, onde no Reino Unido criou-se o Gabinete ou Conselho de Ministros que auxiliavam a Coroa exercendo uma função de governo (tetrapartição); ou quando a função administrativa é cindida entre Administração, Governo e chefia de Estado, cada qual com suas atribuições (pentapartição); ou quando além destas, uma função que pudesse dar supremacia às disposições do texto constitucional de um Estado, quando um Tribunal ou Corte Constitucional ficasse incumbido de tal função tanto para a defesa das funções e da estrutura do próprio estado, bem como da proteção daqueles direitos fundamentais (hexapartição), ou seja, do constitucionalismo (SOUZA JÚNIOR, 2002, pp. 69-121).

A partir de um modelo de separação dos poderes também distinto daquela tripartição tradicional, porém aceitando que outros possam existir diferentes da concepção de um *parlamentarismo limitado*<sup>7</sup> desenvolvida por Bruce Ackerman, onde uma câmara democraticamente eleita e legitimada seria a responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária, onde este poder é freado e equilibrado por aqueles elementos básicos da separação dos poderes, por um Senado Federal subordinado, porém

---

mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.”

<sup>7</sup> O autor propôs a criação de um parlamentarismo limitado nos EUA, onde a peça central deste seu modelo seria uma câmara democraticamente eleita responsável pela seleção de um governo e pela aprovação da legislação ordinária. O poder deste centro é freado e equilibrado por uma gama de instâncias com propósito especial, cada um motivado por um ou mais dos três temas básicos da teoria da separação dos poderes.

cabendo a uma Corte Constitucional a implementação das decisões prévias populares advindas daquela câmara (ACKERMAN, 2013, p. 113). Constatase que a instituição de uma Corte Constitucional é quase unânime como um novo elemento nesta divisão dos poderes ou funções do Estado.

Na origem da Justiça constitucional, e como se extrai da doutrina italiana, a própria Europa rende aos líderes intelectuais do movimento de independência norte-americano ou estadunidense, alguns elementos teóricos fundamentais para o reconhecimento de um controle judicial, uma *judicial review of legislation* para a preservação da democracia estadunidense, sem que isto significasse uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, porquanto o Poder Judiciário garantiria o pacto federativo norte-americano, já que não havia referência expressa na Constituição dos Estados Unidos de que cabia aos juízes ou aos tribunais federais interpretar as leis de acordo com o espírito da Constituição, e este controle judicial apenas colocaria o poder do povo acima dos Poderes Judiciário e Legislativo, sempre que a vontade do Legislativo, expressada através das leis, se opusesse à vontade do próprio povo, já que os juízes deveriam obedecer a esta e não àquela. Daí ressaltando ou desenvolvendo o *check and balance system* idealizado por Montesquieu, em o *Espírito das Leis*, contra o absolutismo do Rei Luis XIV.

Nos Estados Unidos a Suprema Corte é o órgão judiciário de solução de controvérsia de última instância. Provocada em 1803, no caso Marbury *versus* Madison, e sob a presidência do Chefe de Justiça, o juiz John Marshall. Urbano (2013, pp. 31-36) explica detalhadamente todo o contexto histórico-político dos Federalistas e anti-Federalistas nos Estados Unidos, na transição do seu então 2º Presidente John Adans para o 3º Presidente Thomas Jefferson, e a reforma no seu sistema judiciário, que culminou com a nomeação do Juiz de Paz, William Marbury (Federalista e apoiado do Presidente John Adans) para o Distrito de Columbia, e do juiz John Marshall, recente juiz-presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte, como Secretário de Estado. Porém, Jefferson (anti-Federalista) fora eleito em 4 de março de 1801, e determinara que seu Secretário de Estado James Madison suspendesse o envio de comissões a juízes de paz recém-nomeados, o que era exatamente o caso de Marbury. Em 1803, Marbury intenta um *writ of mandamus* diretamente na Suprema Corte contra Madison, responsável pela sua não nomeação, objetivando obter uma decisão judicial que obrigue Madison a atribuir-lhe o cargo, com base na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 e suas disposições sobre organização do Poder Judiciário, e na ampliação da competência originária da Suprema Corte para decidir e emitir *writs of mandamus*.

Urbano (2013, p. 34) resume o dilema que o juiz John Marshall, *Chief Justice* da *Supreme Court* estadunidense teve diante de si, face aquele julgamento:

Se acedesse ao pedido de Marbury havia sempre a possibilidade de Madison não obedecer à ordem do tribunal, o que enfraqueceria a autoridade do poder judicial em geral. E Marshall tinha boas razões para temer isso, pois quando a *Supreme Court* requereu a Madison que apresentasse as razões que poderiam justificar a denegação do *writ of mandamus*, ele não fez caso disso, não comparecendo às sessões do julgamento.

Caso não atendesse ao pedido de Marbury, a sua decisão poderia ser interpretada como uma submissão do poder judicial ao poder executivo.

Em ambos os casos, era a autoridade e o prestígio do poder judicial em geral e da *Supreme Court* em especial que estavam em causa.

Foi atribuída uma maleabilidade ou habilidade à decisão da *Supreme Court* diante da posição, dir-se-ia, delicada de seu *Chief Justice*, posto que ao mesmo tempo em que a conduta de Madison foi reprovada, em face da nomeação legal de Marbury, a *Supreme Court* igualmente não podia obrigar Madison a dar posse a ele, porque a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 e que ampliara a competência originária da *Supreme Court* para emitir *writs of mandamus* afrontava a Constituição estadunidense, portanto referida seção era inconstitucional sendo aquele ato nulo e sem efeito.

A decisão já é conhecida de todos, porém é certo também que estavam em jogo, naquele julgamento, questões outras que não especificamente jurídicas, mas essencialmente políticas. Mas o fato é que prevaleceu o texto constitucional a um ato normativo. Silva (2002, p. 93) sucintamente resume o nascimento da *judicial review of legislation*, ou simplesmente da revisão judicial quando uma sentença fere disposições constitucionais: “*Dentre os argumentos ressaltados podemos destacar: a Constituição é superior a qualquer outra norma; as leis que contrariem a Constituição devem ser consideradas inválidas, por padecerem de inconstitucionalidade.*” e conclui que: “*O primeiro sistema de Justiça Constitucional desdobra-se a partir daquele decisório.*”

Mas um tribunal ou corte constitucional, ou ainda a própria jurisdição constitucional (*judicial review of legislation* ou a *Verfassungsgerichtsbarkeit*) se trataria de uma nova função dentro daquela tripartição clássica dos poderes do Estado? Tendo em vista que sua concepção e função kelseniana o distingue de um tribunal ordinário, não estar-se-ia face a um órgão diverso daqueles do Poder Judiciário?

Na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, Kelsen expôs a necessidade e a importância da garantia jurisdicional da Constituição, a partir da experiência da Constituição federal austríaca de 1920, que criou a Suprema Corte

Constitucional em seu país, onde desde então não haverá críticas sérias a tal sistema. Naquela sessão ele defendeu a necessidade de um órgão outro que não o próprio Poder Legislativo que produzira um ato irregular para a sua anulação, já que o parlamento é um órgão criador de direito – um “legislador positivo”, tendo defendido a criação de uma jurisdição ou tribunal constitucional (2013, p. 150):

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Isto até porque Kelsen já tinha como certo que uma constituição em que faltasse uma garantia de anulação de atos inconstitucionais não seria plenamente obrigatória, porquanto se um ato ou norma jurídica não se submetesse a ela (KELSEN, 2013, p. 179).

A exata noção de Corte Constitucional é dada por Favoreu (2004, p. 15), segundo o qual: “*uma Corte constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos.*”. Então, um tribunal ou corte constitucional teria a função única de interpretar e dar o significado do texto constitucional, porquanto é seu o poder interpretativo da constituição, e, somente a sua interpretação é a correta, todas as demais são inconstitucionais, então, a jurisdição constitucional será a responsável por decidir um eventual conflito (positivo ou negativo) entre aqueles tradicionais 3 (três) poderes que compõem o Estado, não pertencendo realmente ao Poder Judiciário porque está além dele, sendo assim, é inegável que está a exercer uma nova função ou poder, que visa garantir a integridade do Estado com base no seu próprio texto constitucional, garantindo a plenitude da democracia e da vontade política expressada no texto da Constituição. Até porque o povo, indireta mas democraticamente, elege somente os membros do Poder Legislativo e os chefes do Poder Executivo, ficando o Poder Judiciário, pelo menos nas instâncias inferiores, livre do viés político da escolha de seus membros, o que o deixa hermeticamente neutro, porém vinculado ao ordenamento jurídico e aos limites impostos pela lei porque também é um poder popular.

As oposições à jurisdição ou tribunal constitucional se prenderam, basicamente a 2 (dois) aspectos:

1º) haveria uma incompatibilidade dessa função/órgão com a soberania do Parlamento, porém, a legislação é subordinada à Constituição tanto como a jurisdição e a administração o são à legislação, então o argumento esconderia uma tentativa de não se limitar o poder legiferante sequer ao texto constitucional, o não pode ser defensável;

2º) a infringência ao princípio da separação dos poderes, porquanto a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constituiria uma intromissão no Poder Legislativo, porém, o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerceria propriamente a jurisdição, porque enquanto a função jurisdicional cria normas individuais a legislativa cria normas gerais, e a anulação de uma lei teria o mesmo caráter de generalidade de sua elaboração, porém como um legislador negativo conquanto determinada na constituição, o que permite um controle recíproco de um poder sobre o outro, reafirmando o princípio da separação dos poderes.

Kelsen ainda compreendia que diante da diversidade de Constituições possíveis, que não haveria uma solução uniforme para todas, mas tinha como certo que a organização da jurisdição constitucional deveria se adaptar às particularidades de cada uma delas (2013, p. 153).

Sobre o funcionamento da justiça constitucional exatamente como um elemento democrático do poder do Estado, subordinando todos os demais poderes a ela como um valor e como uma forma de sujeição dos atos normativos à vontade parlamentar, portanto, o Tribunal ou Corte Constitucional tem um papel importante no sistema político porquanto implementa o texto constitucional, como quando estabelece direitos fundamentais e seu cumprimento pelas autoridades públicas, Malfatti, Panizza e Romboli (2013a, p. 317-318) expõem que:

La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connaturato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della steffa politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso si è parlato della giustizia costituzionale come di un “valore costituzionale comune e come un correttivo dela forma di governo parlamentare.

Il ruolo del Giudice costituzionale nel sistema politico-istituzionale viene a dipendere da tuta una serie di fattori e di elementi tra di loro strettamente connessi e quindi interferenti, quali innanzi tutto lo specifico quadro normativo dettato attraverso le scelte del Costituente e la loro attuazione da parte del legislatore costituzionale ed ordinario, il modo come il modello astrattamente delineato viene in pratica a ricevere attuazione attraverso i comportamenti della Corte, i rapporti da questa istaurati con gli altri soggetti istituzionali (in particolare Parlamento, autorità giudiziaria e Presidente della Repubblica) e le ragioni agli stessi da parte di questi ultimi, nonché infine i caratteri di maggiore o minore omogeneità, compattezza o stabilità di volta in volta assunti dal sistema in cui la Corte si trova ad operare.

Então, a garantia dos direitos e dos limites dos poderes públicos (parlamento, autoridade judiciária e presidente da República) é o fundamento da legitimidade das

atividades interpretativas da justiça constitucional, como um valor constitucional mesmo e como um corretivo da forma parlamentar e administrativa de governo, atuando de fato como um “legislador negativo” porquanto retira uma norma ou ato do arcabouço jurídico, na proteção de direitos fundamentais, da ordem e dos princípios constitucionais.

#### 4.1 Quem deve ser o guardião da constituição? Kelsen x Schmitt

Kelsen estava convicto que o controle da constitucionalidade para a guarda e proteção da constituição se daria por outro órgão que não o próprio legislador. No entanto, Carl Schmitt, jurista e filósofo político, em sua obra “O Guardião da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*) publicada em 1931, discorre que a guarda da constituição era uma função eminentemente política, e não de natureza jurídica, cabendo ao chefe de Estado tal função, o qual seria mais independente e neutro (*pouvoir neutre*) em relação ao Poder Judiciário e à própria administração pública, donde um tribunal ou justiça constitucional feriria o princípio democrático, porquanto a jurisdição seria sobrecarregada em um nível inaceitável, e estaria voltado “contra o Parlamento”. Nesse mesmo ano, Kelsen publica “Quem deve ser o guardião da Constituição” (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*), rebatendo tal entendimento, basicamente sob o contra-argumento de que o Chefe de Estado não seria mais neutro que o judiciário e o funcionalismo público (administração pública), não possuindo qualquer vantagem sobre um tribunal ou corte constitucional, e de que a interpretação do texto constitucional caberia naturalmente à função jurisdicional, o que garantia uma maior isenção na decisão além de sofrer uma pressão política muito menor que o Chefe de Estado, até porque este está natural e eminentemente voltado a esta atividade, e nem haveria qualquer garantia de que este não violaria a Constituição, ou mesmo que a corte constitucional seria menos democrática.

A cerca do debate da jurisdição constitucional na Europa, e da própria concepção do que seria uma Constituição como norma jurídica e do conceito de jurisdição em uma função de garantia material atribuída a um terceiro órgão, e se por este não haveria uma politização da justiça, Zagrebelsky e Marcenò (2012, p. 52) destacam que:

L' intreccio fra la costituzione, come norma giuridica, e la costituzione come realtà costituzionale materiale plurale determina dunque le condizioni di possibilità di una funzione di garanzia assegnata a un organo <<terzo>>, rispetto alle parti politiche, com riguardo alla legge e alla sua posizione nell'insieme del diritto. Lo svolgimento di questo intreccio fornisce le chiavi essenziali per la comprensione del grande dibattito, svoltosi a cavallo degli anni /venti e /trenta del secolo scorso, quando la situazione pluraliste. Quel dibattito epocale, che sta all'origine della diffusione della

giustizia costituzionale in Europa, si incentrò sulla questione cruciale se sia possibile una <<giustizia>> in materia costituzionale; se essa non costituisca un assurdo e velleitario tentativo di <<giurisdicizzare la politica>> che si tradurrebbe inevitabilmente nella <<politicizzazione della giustizia>>. I nomi quelli di Carl Schmitt e Hans Kelsen, quest'ultimo il più autorevole fautore della creazione di una funzione giudiziaria di garanzia costituzionale. I termini del confronto si collocano su due piani diversi: a) la concezione della giurisdizione e b) la concezione della costituzione.

A história demonstrou que a tese vencedora na Alemanha foi a de Schmitt, tanto porque o III *Reich* alemão implantou um regime de governo nacional-socialista, utilizando-se do artigo 48 da Constituição de Weimar, que permitia o governo a promulgar decretos de necessidade, mesmo contrariando o disposto no artigo 14 (somente podiam ser editados quando o parlamento não estivesse reunido), permitindo que: “*Se um estado não cumpre os deveres que lhe incumbem por força da Constituição ou das leis do Reich, o presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada.*”.

Porém, após a guerra mundial, e com o restabelecimento da democracia, a teoria de Kelsen prevaleceu com a evolução constitucional para um pluralismo, e a instituição de diversas Cortes Constitucionais por toda a Europa, exercendo o controle judicial da constitucionalidade dos atos de governo e normas jurídicas, face os seus respectivos textos constitucionais. Desde aquela discussão nas décadas de 20 e 30 no século passado, houve uma grande difusão de cortes constitucionais na Europa, no que Zagrebelsky e Marcenò (2012, pp. 59-60) apresentam 3 (três) ondas bem distintas disto:

La prima, dopo quella piccola degli anni Venti, si ebbe immediatamente dopo la seconda guerra mondiale, quando, in Europa, i paesi reduci da fascismo e nazismo si diedero nuove costituzioni democratiche: l’Austria nel 1945, la Francia nel 1946, l’Italia nel 1948 e la Germania nel 1949. Ragioni speciali, legate al federalismo, spiegano invece la creazione della Corte costituzionale della Repubblica federativa di Jugoslavia nel 1963.

La seconda ondata prese avvio negli anni Settanta, con la caduta dei residui regimi fascisti e autoritari in Grecia (1975), Portogallo (1976) e Spagna (1978).

L’ulteriore, terza fase è segnata dalla caduta del sistema politico dell’Europa orientale, fino al 1989 sotto l’egemonia sovietica, e riguarda principalmente i paesi ex comunisti, a partire dalla riforma della Costituzione ungherese del 1989 fino alla nuova Costituzione albanese del 1998.

E com a difusão, o que também se verificou entre nós, na América Latina, evidentemente fica a questão sobre o futuro da jurisdição constitucional, a partir daquele primordial estudo de Kelsen, para o controle judicial da constitucionalidade dos atos e das

normas jurídicas, conforme à Constituição<sup>8</sup>. Sem dúvida que cada vez mais se promove a proteção dos direitos humanos, mormente nos países com uma democracia já consolidada, e que entre nós adotam aquele mesmo modelo europeu de Tribunal ou Corte Constitucional.

E a evolução do sistema de proteção de direitos constitucionais caminhou a passos largos para o estabelecimento de direitos constitucionais extra nações ou internacionalmente comuns, a partir dos diplomas supraestatais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948<sup>9</sup>), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950<sup>10</sup>), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969<sup>11</sup> = Pacto de São José da Costa Rica), e o estabelecimento dos respectivos tribunais para estes diplomas, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Tribunal de Estrasburgo) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (San José). A partir da discussão sobre o sistema de jurisdição constitucional, desde o seu debate inicial, que já se avançou muito, até porque existem realmente diferenças entre a *judicial review* e a jurisdição constitucional, entre a *common* e a *civil law*, e entre o controle abstrato ou concreto da lei, até porque o conceito de Estado de direito não é o mesmo em todos lugares, veja-se como o e no *État de droit*, no *Rechtsstaat* ou na *Rule of law*, ficando aquele passado distante, porém se conjecturando para um futuro onde haveria uma tendência comum na jurisdição constitucional, uma “globalização” da jurisdição constitucional, com direitos constitucionais comuns derivando das noções de Estado de direito, onde Zagrebelsky e Marcenò entendem que (2012, p. 552):

Per quel che riguarda la costituzione, la globalizzazione può essere definita come la condizione per la quale eventi lontani, attraverso catene causali del più vario genere, producono conseguenze sulla protezione locale dei beni costituzionali e viceversa:

---

<sup>8</sup> Os Tribunais, partindo do princípio de que o legislador buscou positivar uma norma constitucional, em caso de mais de uma interpretação possível, adotar aquela que se mostre compatível com a Constituição. E a este respeito e no âmbito do STF, Mendes (2014, p. 391) resume que: “Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, já que aqui o Tribunal profere uma decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas. A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporador, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão.

<sup>9</sup> Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

<sup>10</sup> Convencionada pelos membros do Conselho da Europa em Roma, em 4/11/1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2014.

<sup>11</sup> Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22/11/1969 - ratificada pelo Brasil com o depósito da carta de adesão à convenção em 25/09/1992, promulgada pelo Decreto n. 678, de 9/11/1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 29 jan. 2014.

come la condizione per la quale la disciplina locale (o l'assenza di disciplina) di beni costituzionali in un luogo produce conseguenze in altri luoghi lontani. <<Lontani>> significa al di là del confine di validità e di efficacia della costituzione e fuori della portata dei poteri regolatori di cui dispongono le società che li subiscono.

Referidos autores definem essa globalização da jurisdição constitucional como uma condição onde eventos distantes, mas por meio de cadeias causais de vários tipos, produzem efeitos sobre a proteção do patrimônio local constitucional e vice-versa, assim, a disciplina local (ou sua ausência) sobre bens constitucionais produz conseqüências em outros lugares para além da fronteira de alcance, validade e eficácia da Constituição naquela sociedade.

Mas Gustavo Zagrebelsky, Presidente emérito da Corte Constitucional italiana, já alertava para a existência de uma *costituzione vivente*, ou seja, sensível às exigências constitucionais contemporâneas, e optando pela extensão dos direitos e não ao contrário (Constituição originária estabelecendo direitos mínimos) ressaltando a importância da experiência cotidiana das cortes constitucionais, posto que os governos tendem a temer um eventual desrespeito sobre a soberania estatal sob o império da jurisprudência da corte – *imperialismo giuridico*, mas que é neutralizado através da observação que a interpretação cultural, não política (pequena), converge para uma interpretação política e culturalmente maior, onde defende que a soberania estatal não é violada, ao contrário é reafirmada: “*L’idea di un diritto costituzionale aperto presuppone, se non il superamento, almeno l’allentamento del suo imprinting: la sovranità statale.*” (ZAGREBELSKY e MARCENÒ, 2012, pp. 562-566).

Então, e se a jurisdição constitucional iniciou com a proteção da sociedade, pelo Estado, daqueles direitos que lhe são mais fundamentais e da própria estrutura e formação da organização desse Estado, enquanto um ente organizacional da vontade popular, a jurisdição constitucional evoluiu para uma proteção além-fronteira dos Estados, inicialmente dentro de seus continentes e a partir mesmo da formação daqueles blocos político-econômicos, agora parece que a jurisdição constitucional caminhará ou tende a caminhar para uma consciência global da necessidade da proteção destes direitos humanos, e que são inegavelmente fundamentais, mas para a consolidação da democracia nestes estados, seus continentes e no mundo todo.

## **5 Considerações finais**

Acredita-se ter ficado demonstrado que nossa atual divisão tripartite desde muito não consegue resolver as questões de conflitos entre os poderes nem a quem incumbe, realmente,

dizer o direito em caso de violação a direito fundamental ou ao próprio texto constitucional.

Com a evolução de nosso sistema de controle de constitucionalidade, fez-se clara a opção do legislador pela manutenção do sistema difuso, mas com grande prevalência do sistema concentrado, diante do que ficou demonstrada a função contra majoritária do Poder Judiciário na defesa do Estado Democrático de Direito, dos princípios sensíveis e daqueles direitos fundamentais aos seus cidadãos. Onde também ficou demonstrado que o Supremo Tribunal Federal extravasa sua função conforme inicialmente concebida, exercendo funções que vão além da interpretação e aplicação do texto constitucional, fugindo da concepção de um Tribunal ou Corte constitucional tal como desenvolvida por Hans Kelsen.

A jurisdição constitucional iniciou com a proteção da sociedade, pelo Estado, dos direitos fundamentais e da estrutura e organização desse Estado, evoluindo para uma proteção supranacional, além-fronteira dos Estados, caminhando para uma consciência global da necessidade dessa proteção e para a consolidação da democracia nestes Estados, seus continentes e no mundo todo.

Sendo assim, um Tribunal ou Corte constitucional funcionaria como uma nova função no Estado, legitimado pela Constituição, sendo seu efetivo guardião, garantindo a independência e a harmonia entre os demais poderes, superando a tripartição do poder por uma divisão quadripartite, garantindo a supremacia do texto constitucional sobre os demais poderes e sobre todas as demais normas que, então, a ele deveriam conformar-se formal e materialmente. Até porque, observar e cumprir o texto constitucional é papel de todos e quaisquer poderes da organização de qualquer Estado de Direito.

## **6 Referências bibliográficas**

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. 2. tiragem. Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR. Editora Lúmen Juris: 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: elaboração referências. Rio de Janeiro, 2002. 24 p.

\_\_\_\_\_. **NBR 10520**: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002. 6 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: 2012.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002. 950 p.

BRASIL. Portal do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. **Sobre o princípio republicano**. In: Novos Estudos Jurídicos NEJ, vol. 13, n. 1, pp. 43-54, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1226/1029>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

FARIA, Érika Gomes de. **Ativismo judicial e a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal**. Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. In: Revista de artigos científicos de alunos da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, 1º semestre 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/erikagomesfaria.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/erikagomesfaria.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KIMMINICH, Otto. **A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes**. Tradução: Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. In: Revista Informe Legislativo, ano 27, n. 105, jan./mar. 1990. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175832/000452796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Reflexões em torno do princípio republicano**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100 p. 189-200 jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67670/70278>>. Acesso em 13 jan. 2014

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia costituzionale**. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013a.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. **O supremo tribunal federal tem natureza de corte constitucional?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10818&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10818&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 21 jan. 2014.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

UNESCO, **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional / evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. **Giustizia Costituzionale**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2012.