

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

**VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES
BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vivian de Almeida Gregori Torres, Bernardo Leandro Carvalho Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-031-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Em Brasília-DF, um local central para observar as relações entre Direito e Política, o Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II coordenado pelos professores Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS) e Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT) recebeu uma série de relevantes trabalhos para apresentação ao longo do dia 27 de novembro de 2024.

As apresentações começaram com o artigo “DEMOCRACIA AMBIENTAL: A IMPORTÂNCIA DA RATIFICAÇÃO DO ACORDO DE ESCAZÚ PARA A EXPANSÃO DE UMA GESTÃO AMBIENTAL DEMOCRÁTICA NO BRASIL”

Neste artigo, Thaís Silva Alves Galvão e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, partindo de aproximações entre a teoria democrática de Robert Dahl e o Direito Internacional propõe a observação de uma democracia ambiental para o Brasil.

Essa proposta inclui, por exemplo, a tomada de participação de povos indígenas na tomada de decisões que versem sobre interesses sobre os seus territórios.

O trabalho defende a ratificação do Tratado de Escazú no Brasil.

Apesar de não ter sido ratificado pelo Brasil, o Tratado já foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como argumento para a análise da constitucionalidade de decretos presidenciais.

O trabalho, portanto, defende não apenas a ratificação, mas também a inclusão dos pressupostos do referido tratado

Na sequência, foi apresentado o trabalho “A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA”

Neste artigo, os autores Edson Barbosa de Miranda Netto e Mariana Barbosa Cirne utilizam a teoria de Jeremy Waldron para debater o controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo volta à atual crise democrática no Brasil.

O artigo volta sua atenção às possibilidades de aplicação dessa teoria estrangeira no Brasil.

As observações também são voltadas à crítica de uma suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário, na medida em que os juízes não são eleitos.

Coloca, para essa análise, as 04 (quatro) condições que devem estar presentes para Jeremy Waldron, em seu propósito de controle de constitucionalidade, buscando questionar as possibilidades de presença dessas condições no Brasil.

A apresentação foi seguida da pesquisa “A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS FAKE NEWS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO”

Neste artigo, Luciana de Aboim Machado e Lídia Cristina dos Santos fazem um levantamento acerca das principais doutrinas que versam sobre a dignidade humana, passando de Kant aos contemporâneos, aproximando esse arcabouço teórico das práticas de mediação- destacando a relevante obra de Luís Alberto Warat - defendendo sua relevância para resolver conflitos envolvendo as fake News.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o artigo “CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS PODERES: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA SOBRE AS TENSÕES E LIMITES ENTRE LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL”

Neste artigo, Gustavo Araujo Vilas Boas procura analisar as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, analisando-as a partir de casos práticos da democracia brasileira.

Desse modo, parte da teoria da tripartição de Montesquieu e busca analisá-la com os casos práticos trazidos ao artigo.

Utiliza as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente: a decisão sobre a equiparação entre os delitos de homofobia e racismo; a decisão sobre a possibilidade de uso medicinal da cannabis para fins terapêuticos; e o julgamento sobre o marco temporal na demarcação de terras indígenas.

Com exemplos práticos, portanto, traz casos práticos de tensões entre os poderes no Brasil para análise na pesquisa.

O artigo subsequente foi “DEMOCRACIA 4.0: AS REDES SOCIAIS COMO ARENA DO PODER”

Neste trabalho, Rafael Martins Santos repensa o exercício dos direitos fundamentais no Século XXI, evidenciando a transição do acesso ao direito, destacando a importância de se pensar a participação e representação do poder a partir das plataformas de rede social.

Destaca, nesse trabalho, a importância que a Tv Justiça protagonizou com a publicidades dos julgamentos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que destacou o impacto de maior monta das plataformas de rede social com esse propósito.

Elenca casos de manifestação nas plataformas de rede social que pressionaram os poderes da República, destacando a relevância desses espaços virtuais.

Na ordem das apresentações, passou-se a apresentar o trabalho “A (I)LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA EM INOVAR NORMATIVAMENTE ANTE À INÉRCIA DO PARLAMENTO: RISCO À VIOLAÇÃO À SUPREMACIA DOS PODERES”

Neste trabalho, Eid Badr, Ana Maria Bezerra Pinheiro e Diana Sales Pivetta questionam se há um risco da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quando decide com base no argumento da inércia do parlamento.

O artigo elenca diferentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) para analisar o limite de atuação do Poder Judiciário em respeito à separação dos poderes.

Na sequência, foi apresentada a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL: DA SÚMULA VINCULANTE ÀS DEMANDAS REPETITIVAS”

Neste trabalho, Carolina Mendes, Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque e José Henrique Mouta Araújo questionam a própria essência do sistema jurídico brasileiro, com declarada vinculação ao sistema jurídico da civil law, a partir da adoção da ideia de precedentes no Brasil, momento em que o Brasil, na análise dos autores, passa a ter traços de vínculos com o próprio sistema jurídico da common law.

Utilizando a obra de Dworkin, analisa a utilização da ideia de precedentes no Brasil, sobretudo a partir do viés da integridade do Direito.

Passa com esse propósito, por dispositivos do Código de Processo Civil e da Constituição Federal Brasileira, aliando esses elementos positivados com a prática dos tribunais.

O debate subsequente envolveu o artigo “CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, O CONTRATO SEXUAL E A OCUPAÇÃO FEMININA DOS ESPAÇOS POLÍTICOS NO BRASIL”

Neste artigo, Christine Oliveira Peter da Silva não busca uma leitura feminista da Constituição, mas sim a refundação do Direito Constitucional a partir da teoria das excluídas.

Para tal, pela perspectiva das mulheres, questiona a presença de mulheres no Direito Constitucional, apresentando um ideal de representatividade feminina no Direito Constitucional.

O artigo revisita teorias contratualistas clássicas, buscando uma revisão a partir das propostas do constitucionalismo feminista.

O artigo subsequente apresentado foi “CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UMA REFLEXÃO SOBRE OS 20 ANOS DE EXISTÊNCIA”

Neste trabalho, Fernando Oliveira Samuel faz uma análise do protagonismo do Poder Judiciário a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), destacando casos paradigmáticos, sobretudo: ADI nº 3367, que versou sobre a discussão sobre a separação dos poderes, que discutia a atuação do CNJ.

Ao longo do artigo, analisa as mais de 600 (seiscentas) resoluções do CNJ que invadem competência que não seriam propriamente do Poder Judiciário.

O trabalho, portanto, busca destacar a tensão no aspecto da separação dos poderes no tocante à edição de resoluções do CNJ.

Na sequência, passou-se à apresentação da pesquisa “AUSTERIDADE: A POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA COMO EXPRESSÃO DA CONTRADIÇÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”

Neste trabalho, Maria Júlia de Castro e Sousa, Vinícius Henrique de Oliveira e José Duarte Neto analisam as políticas fiscais brasileiras, verificando se suas tendências neoliberais são compatíveis com o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal de 1988.

O trabalho da sequência foi o denominado “A TEORIA PURA DO DIREITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UMA JURISTOCRACIA”

Neste artigo, José Ernesto Pimental Filho, Eduardo Mateus Ramos de Moura e Gleydson Thiago de Lira Paes abordam o trabalho de Hans Kelsen a partir da ótica da “juristocracia”, defendendo a utilização de correntes históricas nessa observação.

Na sequência, o artigo apresentado foi “A CONFIANÇA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNO. REQUISITO PARA REDUÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO”.

Neste trabalho, Farley Soares Menezes utiliza a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sobretudo sua conceituação de confiança, para observar o Direito Constitucional Pós-Moderno.

Para tal, traça elementos gerais do pensamento sistêmico que podem ser usuais para a redução da complexidade e a formação da confiança no Sistema do Direito.

Elenca, para tal, casos práticos do Direito Tributário, aplicando a eles o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o trabalho “A RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE O DIREITO À CULTURA E O DIREITO AO SOSSEGO E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO: UM ESTUDO DO CASO “AARAIAL PERTINHO DE VOCÊ”

Neste artigo, a partir de um caso prático, Márcia Haydée Porto de Carvalho e Cláudio Santos Barros analisam a definição de princípios de Robert Alexy, sustentando a necessidade de haver um maior rigor técnico na aplicação de teorias importadas de outras culturas jurídicas.

No debate, após Alexy, mencionam as teorias de Hart e Dworkin, analisando suas diferenças no âmbito teórico, bem como sustentando como elas podem ser aplicadas em casos práticos.

O pleno exercício dos direitos culturais e o meio ambiente economicamente equilibrado são os dois princípios colocados em análise sobre suposta colisão no trabalho analisado.

Seguindo a ordem dos trabalhos, foi apresentado o artigo “A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE”

Neste trabalho, Davi Niemann Ottoni, Matheus Oliveira Maia e Gabriel Gomes da Luz abordam a problemática da judicialização da política. Para tal, conceituam o Estado Democrático de Direito, elencando os principais documentos históricos que serviram para sua fundação e sedimentação. Traçam também linhas gerais sobre a dignidade humana e o controle de constitucionalidade, destacando sua relevância para os sistemas democráticos.

As apresentações continuaram com a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E REGRAS DE SIMETRIA: A PROBLEMÁTICA DAS LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS E MUNICIPAIS”

Neste trabalho, Claudio Ladeira de Oliveira e André de Sousa Roepke analisam as regras de simetria do sistema constitucional brasileiro, destacando a regulamentação constitucional da simetria e observando sua aplicabilidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), apontando dados de pesquisa feita em Constituições Estaduais e em Leis Orgânicas.

O artigo subsequente versou sobre o tema “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO VETO PRESIDENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

Neste trabalho, Edson Barbosa de Miranda Netto, José Elias Gabriel Netto e Sara Barros Pereira de Miranda analisam criticamente o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental em que ocorreu de fato o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) conclui que a análise do Tribunal foi feita em torno de aspectos formais, de cunhos legislativos; e que, portanto, não mereciam a crítica sem critérios que a eles foram feitos.

Na sequência, o artigo apresentado foi o denominado “UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROJETO DE LEI Nº 1904/2024”

Neste artigo, Mateus Gomes dos Santos Rocha e Maíra Villela Almeida abordam questões voltadas às finanças públicas a partir de um embate federativo. Faz-se essa análise a partir da estruturação dos Fundos de Educação., destacando os impactos federativos dessa observação. Destacam-se, na observação do artigo, os mecanismos de federalismo cooperativo elencados na estruturação das propostas analisadas.

Encerrando os trabalhos da tarde, foi apresentado o trabalho “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, DESCONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS DE 2019–2022 E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E CLIMÁTICA”, de Mariana Barbosa Cirne e Sara Pereira Leal abordando a relevância da judicialização de demandas para a tutela ambiental.

O Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II foi marcado por intensas e relevantes discussões sobre os temas nele envolvidos. O presente livro é um registro das qualificadas pesquisas que chegaram para debate ao longo do evento.

Esperamos que esses textos sirvam como fonte críticas para pesquisas e para inspirações para os próximos eventos do Conpedi.

Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS)

Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT)

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS: THE ROLE OF CONSTITUTIONAL CONTROL TODAY.

**Davi Niemann Ottoni
Matheus Oliveira Maia
Gabriel Gomes da Luz**

Resumo

O presente artigo propõe uma análise aprofundada e abrangente do instituto do controle de constitucionalidade. Ao adotar uma perspectiva multifacetada, o estudo busca desvelar os aspectos subjetivos, adjetivos e administrativos que permeiam esse importante mecanismo de garantia da supremacia constitucional. Com o objetivo de ultrapassar uma visão simplista do controle de constitucionalidade, a pesquisa examina a complexa relação entre o Poder Judiciário e o processo político, com enfoque especial na judicialização da política. Nesse contexto, o artigo defende a tese de que as ações de constitucionalidade, ao invés de representarem uma usurpação do poder legislativo, atuam como um mecanismo de salvaguarda da própria democracia, ao garantir a supremacia da Constituição e a proteção dos direitos fundamentais. Para alcançar esses objetivos, foi empregada uma metodologia de pesquisa integrada, que combina análise conceitual, dedução lógica e revisão bibliográfica aprofundada. Através dessa abordagem, o estudo busca construir uma compreensão mais sólida e abrangente do controle de constitucionalidade, contribuindo para o debate sobre a sua importância e o seu papel no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, o artigo apresenta um conjunto de conclusões que evidenciam a relevância do controle de constitucionalidade para a consolidação do Estado Democrático de Direito e para a proteção dos direitos fundamentais. Além disso, o estudo contribui para o aprimoramento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, oferecendo subsídios para a atuação dos operadores do Direito e para a formulação de políticas públicas.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, Judicialização da política, Tripartição de poderes, Direitos fundamentais, Supremacia constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The present article offers an in-depth and comprehensive analysis of the institution of constitutional review. Adopting a multifaceted perspective, the study seeks to unveil the subjective, adjective, and administrative aspects that permeate this important mechanism for guaranteeing constitutional supremacy. Aiming to go beyond a simplistic view of constitutional review, the research examines the complex relationship between the Judiciary and the political process, with a special focus on the judicialization of politics. In this context, the article defends the thesis that constitutional actions, rather than representing a

usurpation of legislative power, act as a safeguard of democracy itself, by guaranteeing the supremacy of the Constitution and the protection of fundamental rights. To achieve these objectives, an integrated research methodology was employed, combining conceptual analysis, logical deduction, and in-depth bibliographic review. Through this approach, the study seeks to build a more solid and comprehensive understanding of constitutional review, contributing to the debate on its importance and its role in the Brazilian legal order. Ultimately, the article presents a set of conclusions that highlight the relevance of constitutional review for the consolidation of the Democratic State of Law and for the protection of fundamental rights. Furthermore, the study contributes to the improvement of the doctrine and jurisprudence on the subject, providing subsidies for the work of legal professionals and for the formulation of public policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional review, Judicialization of politics, Separation of powers, Fundamental rights, Constitutional supremacy

I - INTRODUÇÃO.

O cenário jurídico e político contemporâneo, a judicialização da política emerge como um fenômeno de notável relevância, remodelando as fronteiras entre os poderes do Estado e redefinindo o papel do Judiciário na condução dos destinos da nação. No epicentro dessa transformação, destaca-se o controle de constitucionalidade como uma ferramenta de inegável importância, conferindo ao Poder Judiciário uma posição proeminente na deliberação de questões que, em tempos passados, repousariam exclusivamente sob a égide dos Poderes Executivo e Legislativo.

O presente artigo busca, assim, explorar e analisar de maneira aprofundada a intrincada relação entre a judicialização da política e o exercício do controle de constitucionalidade na contemporaneidade. A expressiva participação do Judiciário nas decisões de cunho político e social, pautada no crivo constitucional, suscita uma série de indagações quanto aos limites e implicações desse processo para a ordem jurídica e democrática.

Ao examinar os mecanismos e desdobramentos desse fenômeno, pretende-se lançar luz sobre como o controle de constitucionalidade atua como catalisador e regulador desse novo paradigma, abordando não apenas suas dimensões teóricas, mas também os reflexos práticos na condução das políticas públicas e na salvaguarda dos direitos fundamentais. Assim, esta investigação visa contribuir para um entendimento mais profundo das complexas interações entre a jurisdição e a política, delineando o contorno de um terreno desafiador, mas crucial, na construção e preservação do Estado Democrático de Direito.

Para essa análise a metodologia de pesquisa adotada é a integrada, analítica, dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

II – ESTADO DEMONOCRÁTICO DE DIREITO E DEREITOS FUNDAMENTAIS.

Não há que se falar em estado democrático de direito sem passarmos pelos direitos fundamentais. Temos como antecedentes das declarações de direitos que proporcionaram

a origem dos direitos fundamentais os diversos forais, pactos e cartas de franquia que permearam a Europa ao longo da Idade Média. Mesmo a Inglaterra se destaca como um campo fértil para elas em razão das instituições inglesas fortes e estáveis dentre os quais se destaca a monarquia e sua nobreza. Nela se destacaram a *Petition of Right* (1628) e o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Documentos históricos relevantes para a construção moderna do que viriam a ser os direitos fundamentais.¹

O século XVIII foi, em razão das Revoluções Francesa e Americana, o período catalisador para consolidarem direitos fundamentais frente ao Estado Absolutista, dentre os quais se destacaram a democracia, a liberdade, a fraternidade e a igualdade. Os direitos fundamentais foram primeiramente assegurados pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 12/01/1776, que antecedeu inclusive a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (BULOS, 2014, p. 527). Sua consolidação nesse período ocorreu na França durante o movimento político que criou a Declaração Universal dos Direitos Humanos e do cidadão², direitos os quais foram criados para assegurar e promover a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um conceito determinado para a dignidade da pessoa humana, porém é utilizado, costumeiramente, o conceito cunhado por Kant, “a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente” (KANT, 2004, p. 77)³.

O marco inicial para criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a Revolução Francesa ocorrida na França entre 1789 e 1799, que marcou o fim da era absolutista, devido a fortes impactos na política, economia e na área social a qual os Franceses enfrentaram no final do século XVIII.

Assim, podemos concluir que os direitos fundamentais vieram à tona com o intuito de trazer uma maior proteção aos cidadãos contra a intromissão indevida do estado em sua vida privada e os protegendo dos abusos e arbitrariedades do poder público. Esses limites, que são de observância obrigatória por parte do estado, subdividem-se em separação dos poderes e proteção ética do bem em comum.

¹ Bulos, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 2014, p. 527.

² Declaração Universal dos direitos humanos e do cidadão adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

³ V. Immanuel Kant, fundamentação da metafísica dos costumes, 2004 p- 77.

Após o adendo sobre direitos fundamentais e limitação do estado, o conceito de estado democrático de direito perfaz-se na ideia de um Estado Democrático limitado pela constituição e as leis.

Segundo Saulo Henrique S. Robert Filmer:[...] “a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder legislativo [...]”. Tal poder deve sancionar leis inalteráveis e estar baseado na escolha pública do corpo legislador, de modo que reflita a confiança da sociedade. O legislativo pode estar nas mãos de um ou muitos e funcionar sempre ou por intervalos, porém não deve, em nenhum momento, ser arbitrário sobre a vida e os haveres do povo. Ao legislativo não se pode conceder poder maior que aqueles possuídos no anterior estado de natureza (SILVA, 2014, p. 186).⁴

Por derradeiros tais leis que são de observância geral por parte dos três poderes não podem ser editadas, tampouco publicadas de forma unilateral por aquele que detém o poder em suas mãos, tal atribuição deve se dar por representantes do povo e dos estados, nas pessoas de Deputados e Senadores votando em projetos de lei no Congresso.

Diante dos fatos relacionados anteriormente, pode-se observar em concordância com o pensamento de Bobbio, que se considera o direito “como um conjunto de normas ou regras de conduta aproxima-se da experiência jurídica e amplia a dimensão dos seus traços característicos, adotando a premissa de que a vida humana se desenvolve dentro de um mundo de normas”. (BOBBIO, 2003, p. 19-22).

Diante do exposto, pode-se notar, de que:

“A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais, ou seja, a vida em sociedade presume uma coordenação do exercício por parte de cada um de seus direitos naturais, dos quais ninguém abre mão, exceto na exata restrita medida imprescindível para a vida em comum”. (JUNIOR, MACHADO, 2016, p.33)

Logo, é válido ressaltar novamente as aplicações de tutela e garantia das minorias de forma efetiva, tendo em vista que, em caso de não aplicação, a limitação dos direitos

⁴ SILVA, Saulo Henrique S. **Robert Filmer e a emergência da Filosofia Liberal**. Tese (Doutorado em Filosofia), Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

naturais não surtirá efeitos, fazendo com que a sociedade perca a coordenação de seus exercícios e, conseqüentemente, a eficácia sobre o convívio comum.

Portanto, o Estado Democrático de Direito é marcado pela soberania popular, separação dos poderes estatais e pelo respeito total aos Direitos Humanos e Fundamentais de todos os cidadãos.

III – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, 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, dotam-no inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar e constituem elemento explicativo de tal tendência (BARROSO, 2019, p. 23).

A Carta Maior seguiu o modelo criado por Hans Kelsen quanto à supremacia constitucional. Segundo ele, a ordem jurídica “não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 2021, p.310).

Levando em consideração os ensinamentos de Kelsen, a validade de uma normas jurídicas depende de outra (Constituição Federal). Portanto, todo ordenamento jurídico deve estar em comum acordo com a Constituição.

Feito o reparo, é primordial entender que existem duas premissas fundamentais que regem a razão de ser do controle de constitucionalidade, sendo elas: a supremacia e a rigidez constitucional. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição (BARROSO, 2019, p.24).

A supremacia da Constituição irradia-se, não só sobre pessoas públicas, mas também sobre as privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. Sem embargo, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. As condutas privadas violadoras da Carta Cidadã são igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos dos que são aqui considerados.⁵

Por decorrência tanto da supremacia da constituição material, o qual estabelece como corolário do objeto clássico das constituições por trazerem em si os fundamentos do Estado Democrático de Direito, quanto a ideia de supremacia formal com atributo exclusivo das constituições rígidas, marcadas pelas revoluções liberais, responsáveis por introduzir o modelo moderno de constituição, compreende-se o controle de constitucionalidade como a verificação de compatibilidade das leis e demais atos ou omissões normativas com a Carta Cidadã.

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa, objeto de controle, e aquela em face da qual, se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade, ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade (BARROSO, 2019, p.25).

Como anota Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “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, pp. 273-274). Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo (*op. cit.*, 1983, p.274).

5 V. Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, t. 6, 2001, p. 10: “Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado”

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, ressaltam que, foi Rui Barbosa, talvez, quem primeiro percebeu, entre nós, que a sanção à violação do Texto Magno integra o próprio conceito de inconstitucionalidade. Dizia o emérito jurista, com fulcro no magistério de Dicey, que a expressão inconstitucional poderia ter, pelo menos, três acepções diferentes, conforme a natureza da Constituição adotada. Vale registrar, a propósito, a sua lição (MENDES, BRANCO, 2021, p.1183):

“Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os vários sistemas de constituições, escreve Dicey, o insigne constitucionalista inglês: ‘A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir: I – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo. II – Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura. III – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, ultra vires, isto é, nulo’ (DICEY, 1885, p. 165-166, *apud* BARBOSA, 1962, p.46).

Em seguida, concluía o juspublicista (BARBOSA, 1962, p. 46-47):

“Este o princípio estabelecido pelo régimen americano e invariavelmente observado pelos seus executores. ‘Todo ato do Congresso (diz Kent, o grande comentador), todos atos das assembleias dos Estados, toda cláusula das constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional’. Esta consequência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis*”.

Apesar de, no cenário atual, não adotarmos nessa literalidade, os efeitos da inconstitucionalidade, por outro Norte entendermos pela ausência da referida sanção (retirada as leis inconstitucionais do ordenamento jurídico) retiraria o conceito obrigatório

da Carta cidadã, transformando a inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica (MENDES, BRANCO, 2021, p.1.184).

Parafraseando Orlando Bittar Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional (BITAR, 1996, p. 447).

Ainda em termos de controle de constitucionalidade, faz-se necessária a observância também do controle de convencionalidade, como preceitua Valério de Oliveira Mazzuoli sobre o dever do juiz nacional em controlar a convencionalidade (MAZZUOLI, 2018, p. 32):

O controle da convencionalidade das leis – isto é, a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado – é uma obrigação convencional que provém, em nosso entorno geográfico, do sistema interamericano de direitos humanos e de seus instrumentos de proteção, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, segundo a qual os Estados-partes têm o dever (a) de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e de garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, pelo que hão de (b) tomar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades ali estabelecidos (arts. 1º e 2º).¹ A tais obrigações se acrescenta a do art. 43 da mesma Convenção, que obriga os Estados-partes “a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção”.

Conceitua-se tratado como um acordo internacional firmado entre Pessoas Jurídicas de Direito Público externo. Um dos princípios basilares do Direito Internacional Público é denominado de livre consentimento. Logo, os tratados possuem como principal fonte do Direito Internacional Público, o livre consentimento, não podendo eles expressar senão aquilo que os negociadores acordaram livremente. Conclui-se que, se as vontades vão ao encontro de ambos os Estados, firma-se um acordo; se do contrário fosse, não haveria acordo internacionalmente válido.

Cabe esclarecer que é a partir da entrada em vigor do Tratado, que os Estados (e as organizações internacionais) contratantes passam a se tornar verdadeiras partes no compromisso internacional. Ou seja, a entrada em vigor de um tratado confere-lhe

aplicabilidade plena e não exclui os efeitos que os tratados já têm desde o momento da adoção. Sendo assim, entrados em vigor os tratados, os Estados compactantes ficarão vinculados à obrigação convencional, devendo respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, pelo que hão de tomar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades ali estabelecidos.

Feito o reparo, é imprescindível lembrar que, não apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é paradigma para o controle (difuso ou concentrado) de convencionalidade, senão todo e qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Estado. A própria Corte Interamericana tem entendido dessa maneira ao se referir, em sua jurisprudência constante, a “um tratado internacional como a Convenção Americana...”. Ou seja, a Convenção Americana é um dos vários tratados ratificados pelo Estado que servem de paradigma ao controle das normas do direito interno. Portanto, será também sob esse prisma – de que todos os tratados de direitos humanos em vigor no Estado são paradigma para o controle de convencionalidade – que desenvolveremos as teses lançadas neste artigo (MAZZUOLI, 2018, p.30).

Os tratados de direitos humanos podem ser (a) equivalentes às emendas constitucionais (nos termos do art. 5º, § 3 da constituição), se aprovados pelo legislativo após a EC nº 45/2004, ou ainda (b) supralegais (segundo o entendimento atual do STF), se aprovados antes das referida Emenda. O certo é que, estando acima das normas infraconstitucionais, hão de ser também paradigma de controle de produção normativa doméstica (MENDES, BRANCO, 2020, p. 1.195).

Pois bem, o pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isso soma-se o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé (PIOVESAN, 2012, p.83).

Como bem pondera Valerio Mazzuoli, não há dúvida quanto ao poder (dever) do juiz controlar a convencionalidade das leis estrangeiras, tendo como paradigmas as

normas internacionais em vigor no seu Estado, sobretudo as de direitos humanos, que têm primazia hierárquica sobre todas as normas menos benéficas do Direito interno.⁶

Na “era dos direitos humanos” não faltam razões, portanto, para que o juiz do foro controle a constitucionalidade e também a convencionalidade das leis estrangeiras, como se juiz estrangeiro fosse. No caso do controle de convencionalidade das leis estrangeiras, contudo, observe-se o papel ainda mais complexo do juiz do foro em conhecer, além dos tratados em vigor no Estado, também a jurisprudência internacional a eles relativa (v.g., a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Europeia de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2021, p. 132).

O eminente Ministro Celso de Mello, deixou bem claro, em seu voto no julgamento do HC 87.585/TO, que “há um duplo controle de ordem pública: o controle de constitucionalidade e, também o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.”⁷

Em outros termos, o Estado brasileiro deve adotar mecanismos em seu âmbito interno que possibilitem a compatibilidade de suas normas com os mandados convencionais aderidos em matéria de direitos humanos. É clareza solar que os mecanismos e medidas a serem adotadas pelo Estado não se esgotam tão somente com a adoção ou o afastamento de leis, mas também com a interpretação das normas domésticas, conforme as disposições dos tratados internacionais e a jurisprudência da CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos).

A partir da CF de 1988, grande marco histórico para a consagração do neoconstitucionalismo, além dos direitos e das garantias expressos (arts. 5o, I a LXXVIII, 93, IX, CF, v. g.) e implícitos, ou seja, os decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados (art. 5o, § 2o, CF), os direitos e as garantias insculpidos nos diplomas internacionais, ratificados pelo Brasil, integram o denominado “bloco de constitucionalidade”, constituindo-se em fontes de proteção. Portanto, há uma abertura

6 Para o estudo do controle de convencionalidade das leis no Brasil, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade.

7 HC 87.585/TO, julgado em 3-12-2009, fls. 341. Segundo o conceito formulado por Valerio Mazzuoli, entende-se por controle de convencionalidade, a exemplo do que ocorre com o controle de constitucionalidade, o exame da “compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país” (Valerio de Oliveira Mazzuoli, O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, cit., p. 23).

do sistema doméstico ao sistema protetivo internacional, possibilitando uma hermenêutica assecuratória dos direitos e das liberdades, na perspectiva do devido processo. Contudo, a própria CADH, em seu art. 29.b, reza que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada para limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade reconhecidos de conformidade com as leis do Estado-parte ou pela Convenção (GIACOMOLLI, 2016, p.15).

Como bem foi mencionado anteriormente, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Logo, ao ratificar os diplomas internacionais, mormente o PIDCP e a CADH, e aceitar a competência da CIDH, o Brasil incorporou a normatividade convencional seu ordenamento jurídico doméstico, obrigando-se a cumprir e fazer cumprir o regramento protetivo dos direitos humanos, tendo como norte, inclusive, a jurisdição consultiva e contenciosa da Corte. A normatividade convencional impõe ao Brasil o seu cumprimento e adaptação legislativa interna, sob pena de responsabilidade internacional por descumprimento dos direitos a que se comprometeu respeitar. Com isso, não há uma ofensa à soberania estatal, mas sua sedimentação, na medida da afirmação do Estado de Direito, da proteção dos direitos humanos e das pessoas, na perspectiva de direito do Estado e também de responsabilidade a proteger – “soberania responsável” (op. cit, p.21).

Em 22 de novembro de 2005, a própria Corte Interamericana, no Caso Gómez Palomino vs. Peru, pela primeira vez, controlou a convencionalidade tomando como paradigma outro tratado que não a Convenção Americana.

“quando um Estado é parte de tratados internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção de Belém do Pará, tais tratados obrigam a todos os seus órgãos, incluindo o Poder Judiciário, cujos membros devem zelar para que os efeitos das

disposições desses tratados não sejam menosprezados pela aplicação de normas ou interpretações contrárias ao seu objeto e fim”⁸

Consequentemente, conclui-se que todos os tratados de direitos humanos em vigor no Estado, servem de paradigma para que seja exercido o controle de convencionalidade.

No que tange à análise de constitucionalidade, bem como convencionalidade se faz necessário rememorar o grande debate entre Schmitt e Kelsen, sobre de quem é o dever de Guardião da Constituição. Para Kelsen deve ter a prevalência de um Tribunal Constitucional, sendo a constituição uma norma, já Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição, ou seja, com uma noção de constituição como decisão política fundamental (em nome do povo).⁹

Como ressaltamos anteriormente, o ordenamento jurídico adotou o posicionamento de Kelsen, no entanto, o tema não é tão simples quanto parece, havendo entendimento no sentido de que o controle repressivo de constitucionalidade não seria exclusivo do Poder Judiciário. Nesse sentido, o Egrégio Supremo Tribunal Federal admite que o TCU realize esse tipo de controle no exercício de suas funções: “O tribunal de Contas, no exercício de atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (Súmula 347 do STF), bem como o judiciário estadual.

Em observância a esse entendimento é, possível fazer uma correlação com a teoria da interpretação aberta da constituição, perfilhada por Peter Häberle, o qual sustenta que todo cidadão e, sobretudo, todo órgão público devem atuar como intérpretes da constituição:

“(…) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com número *clausus* de intérpretes da Constituição. (...) A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo,

⁸ Corte IDH, Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de novembro de 2012, Série C, n.º 253, § 330.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Os fundamentos atuais do direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”¹⁰

Feito o reparo, é perceptível que o delegado de polícia, no exercício de suas atribuições funcionais, exerce atividades as quais repercutem de forma brusca sob o *status dignitati* do indivíduo, privando-o de um de seus direitos fundamentais, sendo ele o direito de ir e vir, levando-o a cárcere. Para que não haja, em nenhum momento ilegalidades perpetradas pela autoridade policial devido a equívocos legislativos que acarretaram uma inconstitucionalidade –seja ela material ou formal- deve o delegado de polícia realizar o controle de constitucionalidade e convencionalidade.

No tocante ao controle de convencionalidade dos atos normativos, o Brasil assumiu o dever de adotar as medidas legislativas para dar efetividade aos direitos preconizados na Convenção (art. 2º da CADH). Esta pode ser garantida em três perspectivas. Primeiro, com a utilização da jurisprudência da CIDH (função jurisdicional) e das opiniões consultivas na interpretação dos casos penais internos de cada país. Segundo, com o controle difuso da convencionalidade, a ser exercido pelos magistrados, em cada caso concreto, nos termos do art. 5o, §§ 2o e 3o, da CF, tendo como um dos fundamentos o art. 105, III, a, da CF. Por fim, no controle concentrado ou abstrato da convencionalidade, a ser realizado pela CIDH, em sua jurisdição contenciosa e consultiva, e pelos Tribunais, após a EC no 45/2004, conforme suas competências, legitimidades, procedimentos e mecanismos internos utilizados no controle da constitucionalidade das leis (art. 5º, §3º, CF).¹¹ A tese exarada pela Corte IDH sobre o tema foi a seguinte:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de

10 HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997. p. 13.

¹¹ GIACOMOLLI, [Nereu José](#) - *O Devido Processo Penal Capa comum*, 3ªed., atlas, 2016, p. 15.

convencionalidade' ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto (...).¹²

IV – A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE.

A judicialização é um fenômeno complexo e multidimensional que caracteriza a crescente intervenção do Poder Judiciário em questões que, em um contexto tradicional, seriam predominantemente de competência do Poder Executivo ou Legislativo. Essa transformação reflete a mudança na dinâmica entre os Poderes do Estado e evidencia a ampliação do papel do Judiciário na esfera pública. O termo não se refere apenas à atuação do Judiciário como árbitro em disputas legais, mas também à sua participação ativa na formulação e implementação de políticas públicas.

A judicialização, muitas vezes, é impulsionada pela busca por tutela de direitos fundamentais, garantias constitucionais ou pelo preenchimento de lacunas normativas. A sociedade, ao perceber na jurisdição uma via para a defesa de seus interesses, recorre aos tribunais como um fórum legítimo para dirimir conflitos. Esse fenômeno também se manifesta no protagonismo do Judiciário em temas de grande relevância social, como saúde, educação, meio ambiente e direitos civis.

As ferramentas jurídicas mais comuns para a judicialização incluem ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), mandados de segurança, entre outros. A judicialização não se limita ao Brasil; é um fenômeno global que tem sido observado em diversos países, demonstrando uma tendência internacional de fortalecimento do papel do Judiciário na esfera pública.

Contudo, a judicialização também gera debates. Críticos argumentam que ela pode representar uma ameaça à separação de poderes, interferindo na autonomia dos demais Poderes e na sua capacidade de agir conforme a vontade popular. Além disso, questiona-

¹² Corte IDH, Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e Outros) vs. Peru, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, nº 158, § 128.

se se a atuação judicial em áreas de política pública seria apropriada, dada a falta de expertise técnica do Judiciário em comparação com outros órgãos.

Assim, a judicialização é um fenômeno multifacetado que transcende as fronteiras jurídicas, moldando as relações entre os Poderes do Estado, redefinindo o papel do Judiciário na sociedade e influenciando a forma como as questões políticas e sociais são abordadas e resolvidas. Essa dinâmica complexa continua a evoluir, desafiando a concepção tradicional do equilíbrio de poderes e gerando reflexões profundas sobre o papel da justiça na governança democrática.

A segunda dimensão da judicialização, relacionada à inocorrência de violação à tripartição de poderes e à concretização dos "**checks and balances**" por meio do controle de constitucionalidade, delinea um aspecto essencial desse fenômeno complexo.

Contrariamente às críticas que apontam a judicialização como uma suposta usurpação de competências dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário, argumenta-se que a atuação judicial por meio do controle de constitucionalidade não implica na transgressão da tripartição de poderes, mas sim na promoção de uma harmonia institucional. O controle de constitucionalidade, ao ser exercido pelo Judiciário, não visa substituir as funções típicas dos demais poderes, mas atua como um mecanismo de salvaguarda para assegurar que todas as esferas de poder respeitem as balizas constitucionais.

O controle de constitucionalidade, quando utilizado como ferramenta de judicialização da política, contribui para a concretização dos "**checks and balances**" presentes no sistema democrático. A ideia subjacente é que cada poder deve exercer um controle sobre os demais, evitando a concentração excessiva de poder em uma única instância. Nesse contexto, o Judiciário, ao interpretar e aplicar a Constituição, atua como um contrapeso necessário, corrigindo possíveis excessos e desvios que poderiam comprometer os princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

O controle de constitucionalidade se manifesta, portanto, como uma salvaguarda contra eventuais abusos de poder, garantindo que todas as ações e políticas estejam em conformidade com a norma fundamental do Estado. Essa abordagem não apenas fortalece a estabilidade institucional, mas também assegura que os princípios democráticos sejam respeitados, contribuindo para a preservação do Estado de Direito.

Ao analisar casos específicos de judicialização, percebe-se que o controle de constitucionalidade é uma ferramenta legítima para dirimir questões de relevância constitucional. Essas ações não apenas visam declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, mas também a preservação do equilíbrio entre os Poderes, demonstrando a efetividade dos "**checks and balances**" no sistema jurídico.

Portanto, a inocorrência de violação à tripartição de poderes, quando se utiliza o controle de constitucionalidade na judicialização da política, revela-se como um mecanismo que não compromete a autonomia dos Poderes, mas, ao contrário, contribui para a sustentação do sistema democrático por meio da harmonia e controle recíproco entre eles. Essa perspectiva demonstra a relevância e a legitimidade do Judiciário como um guardião da Constituição e dos valores democráticos, consolidando a eficácia dos "**checks and balances**" no contexto da complexa interação entre os Poderes do Estado.

V- CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A utilização do controle de constitucionalidade como ferramenta de judicialização demonstra a capacidade do Judiciário de atuar como árbitro na resolução de questões que transcendem a mera legalidade, moldando políticas públicas e assegurando a harmonia constitucional. Nesse processo, a inocorrência de violação à tripartição de poderes se revela não como uma usurpação, mas como uma necessária intervenção para preservar os valores e princípios fundamentais delineados na Constituição.

Os "**checks and balances**" proporcionados pelo controle de constitucionalidade não apenas garantem a preservação do equilíbrio entre os poderes, mas também consolidam o Judiciário como um guardião da Constituição, protegendo direitos e liberdades fundamentais. Contudo, é imperativo ressaltar que, embora essencial, a judicialização da política demanda uma abordagem cuidadosa para evitar excessos e preservar a legitimidade democrática.

Em um momento em que os desafios jurídicos e políticos se entrelaçam de maneira inextricável, este estudo sublinha a necessidade contínua de reflexão crítica sobre os limites e implicações dessa interação. O Judiciário, ao desempenhar um papel ativo na condução dos destinos políticos, deve fazê-lo com sensatez e responsabilidade, reconhecendo seu papel como guardião das instituições democráticas.

Em última análise, a judicialização da política e o controle de constitucionalidade representam facetas complexas e interligadas de um sistema jurídico em constante evolução. Ao entender e ponderar sobre as nuances desse relacionamento, promove-se não apenas uma análise crítica do presente, mas também uma contribuição valiosa para a moldagem do futuro de uma sociedade ancorada nos princípios do Estado Democrático de Direito.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARBOSA, Rui, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, **in** Trabalhos jurídicos, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís R. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITAR, Orlando, A lei e a Constituição, **in** Obras completas de Orlando Bitar, Brasília, Conselho Federal de Cultura, 1978, v. 2, p. 39; e A lei e a Constituição, **in** Obras completas de Orlando Bitar, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. 1, p. 477.

BOBBIO, Norberto, 1992: A Era dos Direitos, Campus, Rio de Janeiro. (original de 1990).

BULOS, Uadi Lammego, 2014: Curso de Direito Constitucional, São Paulo, 8ª ed., Saraiva, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José - O Devido Processo Penal Capa comum, 3ªed., atlas, 2016.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Privado. Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Grupo GEN, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar, F. e Paulo Gonet Branco. Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional. Disponível em: Minha Biblioteca, (15th edição). Editora Saraiva, 2021.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 19, p. 67-93, 2012.

SILVA, Saulo Henrique S. Robert Filmer e a emergência da Filosofia Liberal. Tese (Doutorado em Filosofia), Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

V. Immanuel Kant, fundamentação da metafísica dos costumes, 2004.