

# **XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA**

## **CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

**ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO**

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** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Lucas Gonçalves da Silva, Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-288-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

---

### **Apresentação**

A sociedade brasileira continua fortemente marcada pelo processo de transição democrática que permitiu a adoção da atual Constituição brasileira de 1988. De fato, o desafio da nova Constituição brasileira continua sendo o da efetividade. Se no final dos anos noventa a problemática da efetividade da Constituição encontrou no Judiciário um espaço de pressão para a concretização dos direitos sociais, a atualidade da crise econômica e política questiona fortemente a atuação do Judiciário que cotidianamente se envolve em questões políticas e sociais.

O GT Constituição e Democracia I nos ofereceu primeiramente uma série de trabalhos críticos sobre a atuação do Judiciário. A problemática da legitimidade desloca a expectativa de efetividade da Constituição para o espaço democrática de decisão política. Observa-se não somente a crise de legitimidade dos poderes do Estado, mas sobretudo, surge uma nova expectativa de participação política que não se contenta com os instrumentos do sistema representativo, exigindo uma escuta da vontade das ruas, dos movimentos sociais, das manifestações apartidárias, que ultrapassam claramente a vontade dos representantes eleitos ou selecionados pelos concursos públicos de provas e títulos. As críticas e questionamos fundamentos no espaço democrática de decisão política denunciam os limites do constitucionalismo brasileiro pós-1988, ou de outro modo, pós-transição democrática. Com efeito, novo constitucionalismo exige respeito ao texto constitucional; sinceridade na aplicação dos valores e princípios constitucionais e, sobretudo, reconhecimento da diversidade cultural marcada pelo pluralismo jurídico e à crítica ao positivismo das decisões de Justiça.

Pensar a diversidade cultural, econômica e social no Brasil contemporâneo implica necessariamente enfrentar escolhas antagônicas no debate político e partidário, cujo único ponto de contato seria a promoção da justiça social. De fato, a problemática da efetividade da Constituição deixa de ser um objetivo em si mesmo, para despertar a importância sobre o método de promoção dos direitos constitucionalmente protegidos.

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

## CONSTITUCIONALISMO, PROCEDIMENTO E SUBSTÂNCIA CONSTITUTIONALISM , PROCEDURE AND SUBSTANCE

**Fernanda Previatto Antunes  
Vinicius Roberto Prioli de Souza**

### **Resumo**

O objetivo deste artigo é discorrer sobre o constitucionalismo e a democracia sob as análises procedimentalista e substancialista, demonstrando o contraste entre as visões de Dworkin e Ely. A revisão bibliográfica foi à metodologia adotada. No desenvolvimento do trabalho foi apresentado um relato histórico sobre o constitucionalismo, o conceito da revisão judicial (judicial review), os pensamentos e visões de Dworkin e Ely, e a defesa de cada um, respectivamente, do substancialismo e procedimentalismo. Como conclusão, foi observado que o constitucionalismo contemporâneo tem desafios e que ambas teorias proporcionam respostas aos problemas encontrados nas questões entre o constitucionalismo e a democracia.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, Democracia, Procedimentalismo, Substancialismo

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The objective of this research is to discuss constitutionalism and democracy by the proceduralist and substantialist analysis, showing the contrast between the views of Dworkin and Ely. The literature review was the methodology adopted. In developing this work was presented a historical account of constitutionalism, the concept of judicial review (judicial review), the thoughts and visions of Dworkin and Ely, and the defense of each, respectively, of substantialism and Proceduralism. In conclusion, we observed that the contemporary constitutionalism and challenges that both theories provide answers to the problems encountered in matters of constitutionalism and democracy.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionalism, Democracy, Proceduralism, Substantialism

## INTRODUÇÃO

Ao Poder Judiciário, a partir do século XIX, concerne a prerrogativa de analisar a legalidade dos atos do Estado, considerados infralegais, e também, a realização do controle da lei perante as normas da Constituição, através do seu controle. Todavia, esse instituto encontra-se, atualmente, em com grandes desafios relacionados aos limites entre o político e o jurídico.

Hodiernamente, são proferidas sentenças pelos Tribunais Constitucionais que extrapolam os limites jurídicos, sendo de modo predominante as de cunho político. Por tal situação, uma das ideias centrais do Liberalismo, a qual se refere à separação de poderes, sofre certa desconfiança.

A possibilidade de afrontar o princípio democrático é questionada, no momento, que o Tribunal Constitucional realiza, em última instância, decisões sobre a adequação da lei em conformidade a Constituição, pois as normas são decorrentes de opiniões parlamentares majoritárias.

Sob esse prisma, será que existe a supremacia das decisões judiciais em predominância sobre as parlamentares majoritárias? Sobre essa questão, existem diferentes pensamentos a respeito da possibilidade e legitimidade dos Tribunais Constitucionais retirarem normas da lei.

Esta pesquisa, neste contexto, tenta tratar sobre as duas análises que se relacionam entre o direito e a política no Constitucionalismo Contemporâneo, as quais são o procedimentalismo e o substancialismo.

Desta forma, a pesquisa ficou assim dividida: o primeiro capítulo deste trabalho reflete a história do constitucionalismo no mundo; o segundo tratará da democracia contemporânea; o terceiro capítulo analisará os principais aspectos da teoria procedimentalista, dando ênfase a John Hart Ely; no quarto capítulo será feito um estudo sobre a visão substancialista do Direito, enfatizando a teoria de Dworkin; o quinto capítulo refere-se à análise entre as teorias procedimentalista e substancialista; e, por fim, o sexto e último capítulo tratará do ativismo judicial e da revisão na Constituição de 1988.

### 1. O CONSTITUCIONALISMO NO MUNDO

A sociedade era desordenada e anárquica, antes da existência do Estado. Com o surgimento deste, criou-se uma forte ideia de concentração de poder, objetivando minimizar o

caos social. Aparecem os regimes absolutistas, todo o poder estava nas mãos de uma única pessoa: o Imperador. Entre os séculos XVI e XVIII, afirma-se a ideia da autocracia, um regime político com um único detentor do poder, sendo esse o titular de tudo. Governava sem a autorização dos governados.

A Constituição, em suma, traz regras de limitação ao poder autoritário, proporcionando a prevalência dos direitos fundamentais. O constitucionalismo corresponde à evolução das garantias conquistadas e asseguradas ao homem. Em resumo, pode se afirmar que é a luta contra o poder absoluto do Estado.

O constitucionalismo antigo localiza-se situado desde os primórdios da sociedade até o surgimento do Estado, aproximadamente até o final do séc. XVIII, com as revoluções liberais, o Direito tinha forte influência consuetudinária.

Destaca-se a fase do jus naturalismo, de modo que as pessoas possuíam direitos simplesmente por nascerem. O problema dele é que se ambos os indivíduos possuem direitos naturais, como resolver questões em conflito?. Diante disto, prevalecia à vontade do mais forte, sobre o mais fraco.

No constitucionalismo antigo havia a imagem de centralização do poder nas mãos do Estado, porém a classe mais pobre não tinha representação. O constrangimento era umas das formas utilizadas para assegurar o respeito da população sobre os padrões de conduta. Foi neste momento histórico que surgiram as revoluções liberais: francesa e a americana, com o objetivo de defender as garantias e liberdades individuais tentando limitar a atuação estatal.

O Estado Hebreu, aproximadamente no período de 1026-1000 a.C., foi a primeira experiência deste constitucionalismo. As primeiras ideias de democracia constitucional surgiram entre os séculos IX e VIII a.C. na Grécia e em Roma. Entretanto, foi na Inglaterra que realmente concretizou-se o Estado, em decorrência da “*Rule of Law*”, ocorrida no ano de 1215, traduzido para o português como sendo o *governo das leis*, o qual tenta substituir o governo dos homens. Depois, surgiram outros documentos, tais como a *Magna Charta*, de 1215, o *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Settlement*, de 1701. Surge, então, o princípio da Constituição.

A Constituição escrita decorre da necessidade de proteger os direitos e liberdades individuais por meio das leis. O constitucionalismo liberal mostra a primeira sistematização de coerência do Estado de Direito, sendo importante destacar que estas primeiras Constituições limitavam o poder do Estado. Possuíam uma forma de sua atuação negativa, como se houvesse uma abstenção estatal, ficando conhecidas como negativas.

Surge com este constitucionalismo o Estado Mínimo, pressupondo uma transferência das suas atribuições perante a economia e a sociedade. Preconiza-se a não intervenção, sendo este distanciamento uma tentativa de melhoria da liberdade individual, da defesa da ordem e da segurança pública.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, em suma, a sua principal característica é o abstencionismo estatal e a garantia das liberdades públicas, a qual protege os direitos à proteção do cidadão contra arbitrariedade do Estado e dos particulares.

O Estado Liberal começa a ser definido como mínimo liberal e assim iniciou a primeira constituição escrita com a característica de abstencionismo do Estado e as liberdades e direito individuais das pessoas.

Um grande ato que ajudou neste momento foi a Revolução Francesa. Seu lema era “liberdade, fraternidade e igualdade”. Todavia, a supremacia constitucional só veio com a constituição americana. Na Europa, em meados do século XVIII, a Constituição não era a força suprema. Na França, os juízes eram somente “a boca da lei”, e, a aplicava de forma automática. Só na América é que este pensamento de Constituição, como Lei Maior, consegue se sobressair.

Com este constitucionalismo, tem início a teoria do poder constituinte. Em outras palavras, o fato de o poder emanar do povo, juntamente com a separação dos poderes, foi criado um sistema de freios e contrapesos, limitando o poder estatal.

Na revolução americana surgiu a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*) no ano de 1776, e assim no ano de 1787 criou-se a Constituição Americana, vigorando até os dias atuais. Esta Constituição expressava-se como documento de valor jurídico e supremacia constitucional.

O Constitucionalismo Social apareceu após o fim da I Guerra Mundial e perdurou até meados do século XX. Como o mundo ficou devastado após esse período, o Estado não somente podia se abster e respeitar as liberdades individuais, mas tinha a obrigação de garantir os direitos mínimos sociais.

Conjuntamente com esse constitucionalismo aparecem os direitos e garantias fundamentais da segunda dimensão, conhecidos como os direitos sociais ou coletivos. O Estado ficou conhecido por sua atuação limitada e com interferência mínima na esfera privada. Neste momento histórico, mais duas Constituições foram editadas: a Mexicana (1917) e a Alemã de Weimar (1919), ambas consagrando os direitos coletivos.

A partir deste momento, a lei previa direitos individuais e sociais. Hans Kelsen, no início do século XX, consolida a sua visão positivista do direito. Ele afirma, através da Teoria

Pura do Direito, que a norma terá validade decorrente da obediência a uma lei superior, inserida dentro do plano normativo do ordenamento jurídico, ficando conhecida como a Pirâmide Kelsiana, a qual também é chamada de compatibilidade vertical.

As garantias e as normas só teriam validade e seriam respeitadas se estivessem inseridas dentro do ordenamento jurídico. A moral encontra-se separada da lei e o valor jurídico da Constituição é supremo. Vale ressaltar que o surgimento da hermenêutica - com Savigny, no século XIX - e a moral, podem auxiliar na interpretação da lei.

O Constitucionalismo social se encerra, mostrando os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais), o Estado Social e o apogeu do positivismo jurídico, com a doutrina de Hans Kelsen, e a ampliação dos cânones interpretativos de Savigny (a hermenêutica).

## **2. A DEMOCRACIA NA ERA CONTEMPORÂNEA**

Max Weber considera a democracia como uma forma de concentração do poder nas mãos de pessoas especializadas, pois a grande maioria é incapaz de realizar tal atividade. Em decorrência do pensamento de Weber, tem-se o seguinte “a participação política, como o ato do voto, não produz consciência política ou conduz as massas ao poder, mas revela apenas a identificação das massas com o carisma pessoal de um líder político” (Duriguetto, 2007, p.75). Então, a democracia para Weber seria como um mecanismo de competição entre os políticos, em busca do voto. Max Weber (2004, p.150) preleciona sobre o dilema entre a burocracia e a democracia:

Em face da indispensabilidade crescente e da conseqüente firmeza, cada vez maior, da posição de poder do funcionalismo estatal, que aqui nos interessa, como pode haver alguma garantia de que existam poderes capazes de manter dentro de seus limites a prepotência enorme desta camada cada vez mais importante, e que a controlem eficazmente? Como será possível uma democracia pelo menos neste sentido limitado?

Schumpeter foi um dos primeiros pensadores liberais a valorizar a expressão “democracia”. Para ele, a teoria democrática não pode ser associada a quaisquer ideias ou fins, definindo o método democrático como sendo “aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população” (Schumpeter, 1984, p. 336).

A principal característica da democracia, baseando-se nos pensamentos de Weber e Schumpeter, é a competição pela liderança, consequentemente os líderes precisam ser ativos, com iniciativa e decisão.

Para Macpherson, a democracia participativa se fundamenta na apatia política da maioria das pessoas, sendo normalmente feita por causa da desigualdade social. A participação direta e contínua dos cidadãos na regulação da sociedade e do Estado proporciona a liberdade e o desenvolvimento individual.

A democracia participativa tem sua teoria baseada na afirmação de que a simples existência de instituições representativas, em âmbito nacional, não é suficiente para a democracia, tal pensamento é afirmado por Pateman (1992, p. 61):

[...] para que exista uma forma de governo democrática é necessária a existência de uma sociedade participativa, isto é, uma sociedade onde todos os sistemas políticos tenham sido democratizados e onde a socialização por meio da participação pode ocorrer em todas as áreas.

Ao analisar os tipos de democracia, não se pode esquecer a sua verdadeira base que é a igualdade de condições sociais e econômicas. Pertinente ao tema, o ensinamento de Bobbio (2006, p. 44), afirmando que os ideais liberais e método democrático estão muito ligados, podendo dizer que os direitos de liberdade foram, desde o início, uma condição para a aplicação das regras do jogo democrático, assim também é verossímil o desenvolvimento da democracia como o principal instrumento para poder defender os direitos de liberdade. A democracia moderna tem seu significado jurídico-institucional como regras do jogo, tendo sua vinculação com o liberalismo. Neste sentido, vale à colação as orientações de Farias (1978, p. 62):

(...) a democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio de poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível.

A democracia é resultado de um processo conflituoso de conquistas e derrotas, objetivando a igualdade de direitos e liberdades, nas mais diversas instâncias da vida social. Contradizendo esta perspectiva, se apresenta a concepção gramsciana de democracia, esta não é somente o ato de institucionalizar as regras do jogo de uma ordem política, mas a coagulação de determinado resultado de luta de classe.

Gustavo Zagrebelsky (1996, p. 105) possui uma consideração crítica para a democracia, considerando-a uma forma mais autêntica e intensa de idolatria política, a qual tem a sua expressão máxima *vox populi, vox dei*.

A democracia crítica é considerada uma espécie de bajulação interesseira, ou seja, somente concorda com que a interessa, tendo conceitos triunfalistas e críticos do poder do povo, tornando concreta uma grosseira teologia política e o povo considerado como sendo limitado e falível. Zagrebelsky (2007, p. 13) pode-se verificar perante o pluralismo residente nos Estados atuais, que o mais correto seria dizer soberania da Constituição sem um Soberano estabelecido.

Existem valores e princípios, assumindo um caráter quase absoluto, mas simultaneamente compatíveis com aqueles que devem conviver. Zagrebelsky (2007, p. 14): “somente assumiria caráter absoluto o meta-valor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (aspecto substancial) e a lealdade no seu enfrentamento (aspecto procedimental)”. Para complementar o referido pensamento, o autor citado (Zagrebelsky, 2007, p. 15) afirma que:

Os termos aos quais se tem que associar a maleabilidade constitucional de que aqui se fala são a coexistência e o compromisso. A visão da política que está implícita não é a de relação de exclusão e imposição pela força (no sentido do amigo-inimigo hobbesiano e schmittiano), mas a inclusiva, de integração através da rede de valores e procedimentos comunicativos que é, ademais, a única visão não catastrófica de política possível em nosso tempo.

A contemporaneidade deseja a convivência, de forma harmônica, de valores e princípios de modo que um tipo de pluralismo conjuga a relação por meio de valores como: a livre iniciativa; as reformas sociais (igualdade perante a lei); e, as ações afirmativas (direitos individuais e em contrapartida os direitos coletivos).

Zagrebelsky (1996, p. 146) ainda afirma que o positivismo legalista buscou estabelecer uma determinada ordem, através da subordinação, da intervenção de critérios lógicos e das presunções, no entanto, o pluralismo metodológico está enraizado nas exigências do direito moderno.

(...) se tem em conta alguns fatos – que hoje os princípios contêm valores de justiça se tem convertido em direito positivo integrado na Constituição; que, por conseguinte, a apelação à justiça, junto ou frente às regras jurídicas, já não podem ver-se como um gesto subversivo e destruidor do direito (a diferença do que ocorria à época do positivismo jurídico), senão que é algo previsto e admitido; que tais princípios consistem fundamentalmente em

“noções de conteúdo variável” e, portanto, cumprem uma função essencialmente dinâmica - , se compreenderá então que se tem introduzido no ordenamento uma força permanentemente orientada à mudança.

Zagrebelsky (1996, p. 151) afirma que: “constitucionalismo envolve completamente a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser reconhecida pelos juízes, sobretudo por juízes constitucionais”, em um movimento não favorável ao legalismo, se preocupando com a autonomia do legislador.

A jurisdição constitucional possui importância substantiva para regimes republicanos e democráticos, para os quais a existência de órgãos considerados de controle é condição *sine qua non* para estes existirem.

A democracia não é institucional, e sim substantiva, provêm da massa, ou seja, da sociedade, a vista da superação das desigualdades, com um projeto societário. Neste sentido preleciona Borón (1995, p. 69) propõem a seguinte fórmula: “democracia: método + substância”.

### **3. OS ASPECTOS DA TEORIA PROCEDIMENTALISTA**

A teoria procedimentalista possui como principal teórico John Hart Ely. Contudo, existem outros, tais como Habermas, Luhman e Garapon. Esta teoria, em sentido amplo, a Constituição não poder compreendida como a ordem que regulamenta, de modo primário, a relação do Estado com os cidadãos.

O Estado precisa disciplinar o poder social, econômico e administrativo, mas a Constituição não pode ser compreendida como uma ordem jurídica, com os objetivos de determinar uma forma para a sociedade.

Os procedimentos políticos da Magna Carta fazem com que os cidadãos assumam o direito de autodeterminação, tentando produzir condições justas de vida. A legitimidade do Direito somente é assegurada das condições do processo da gênese da democracia das leis. Em uma sociedade pluralista, a fundamentação das normas jurídicas é consequência de um procedimento democrático, o qual garanta a participação de todos. Ainda sobre a matéria versada, ensina Jürgen Habermas (1997, p. 183):

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflitos. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos

que participam dos discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para tratamento diferenciado de casos diferentes.

Os procedimentalistas consideram que o direito, quando em excesso pode ser prejudicial ao regime democrático. John Hart Ely tem posicionamento diferente de Habermas e Luhmann, podendo ser considerado como procedimentalista constitucional.

A função dos tribunais é a garantia e proteção do direito dos cidadãos de participar as decisões dos políticos e do governo, porque a tarefa de definição dos valores e conteúdos de uma comunidade deve ficar sob a responsabilidade dos órgãos de representação democrática. Ely (2010, p. 133) afirma o seguinte sobre a Constituição:

Um conjunto bastante amplo de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos, em condições de relativa igualdade, e os responsáveis pelas decisões cumprirão o dever de levar em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas deliberações.

Ao analisar esta afirmação, a ideia de uma interpretação constitucional em valores fundamentais é distanciada, pois a tarefa de desejar os valores externos que completem as possíveis falhas da Constituição é uma tarefa inócua.

### **3.1. A TEORIA DE JOHN HART ELY**

A teoria de John Hart Ely possui a seguinte ideia: não é democrático o juiz poder inferir amplos direitos e valores morais originais da Constituição. Por tal motivo, a Suprema Corte tem a obrigação de interpretar a Constituição buscando reforçar os processos democráticos e populares, tentando garantir a ampla representação no processo político. Kozicki e Barbosa (2008) prelecionam que: “Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo”.

O fundamento inabalável da teoria de John Hart Ely é a autoridade do texto e contexto da Constituição, considerada como procedimental e proporcional às cortes uma alternativa própria, coerente, original, de proteção dos direitos garantidos a todos, em especial as possibilidades de participação políticas e os de igualdade.

John Hart Ely baseia sua teoria na democracia, baseando neste valor ele discorre que os iguais originalmente, tentando organizar um governo, iniciariam com a presunção de que não há valores com maior importância que os demais. Então, qualquer decisão deve ser decidida pelo voto majoritário das pessoas ou dos representantes. Todavia, Ely aponta três exceções. Neste sentido, Bolzan (2012, p. 8) preleciona que:

Sobre isso, o autor aponta três exceções: (i) quando a maioria das pessoas vota para excluir outras tantas pessoas do processo ou de outra maneira para diluir a influência delas no dito processo; (ii) quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e outro, menos favorável, para uma ou outra minoria; (iii) quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes (e vulneráveis, segundo a opinião da maioria), de forma que os legisladores decidem por voto majoritário nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torna-os imunes à retirada por algo inferior a um voto majoritário similar no futuro.

Os votos dos magistrados não podem reconhecer valores substantivos, pois o que ofende uma pessoa, talvez não seja ofensa a outra. As opiniões e votos vão se transformando com o decorrer do tempo. John Hart Ely (2010, p. 156) ensina com muita propriedade que o direito ao voto, pode ser considerado um elemento importante proporcionando a possibilidade de um cidadão participar do processo democrático. Para complementar este pensamento, pode-se ainda usar a ideia de Ely (2010, p. 156-160):

(...) o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções.

(...) Não devemos deixar que os 'incluídos' decidam quem deve ficar de fora – portanto é obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se negue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo [...], ele seja bastante convincente.

Segundo John Hart Ely (2010, p. 176-178) há situações, as quais o próprio legislador delegará os casos mais complicados ao Judiciário, como por exemplo, quando editam uma determinada lei, e esta contém uma ambiguidade. Assim, para John Hart Ely não é correto ter a garantia de um processo legislativo democrático com a maioria da participação da população, se as decisões políticas com maior importância não podem ser decididas pelas autoridades eleitas.

O argumento das questões com mais complexidades, conforme John Hart Ely (2010, p. 178-179), as quais têm a possibilidade de serem levadas ao Poder Judiciário ou Executivo, para serem analisadas por pessoas especializadas não pode prevalecer. Sendo assim, John Hart Ely afirma que a maioria das Assembleias Legislativas e o Congresso, com muita

certeza, têm bons especialistas ou até possuem uma maior chance de os terem do que o Executivo ou Judiciário.

As formas de controle de constitucionalidade orientada para a participação defendida por John Hart Ely estão baseadas por três argumentos: não se deve confiar os direitos de acesso e de igualdade; os direitos de acesso e igualdade são preocupações gerais da Constituição; e, a *representation-reinforcing* é uma abordagem para poder controlar a constitucionalidade, ou seja, é a representação do ideal democrático das instituições estadunidenses.

A cláusula *due process of law* é utilizada por diversas vezes por John Hart Ely (1996, p. 18-24), afirmando que ela contém o sentido somente procedimental. Sendo assim, é diferente do motivo aplicado pela Suprema Corte, interpretado de modo extensivo, proporcionando valores substantivos, sendo este modo de interpretação repudiado pelo autor. A respeito deste tema, o pertinente ensino de Bolzan (2012, p. 6):

Sobre a questão de identificar os valores substantivos dados aos “princípios de justiça fundamental”, explica que é uma tarefa impossível, assim, as cortes deveriam não se dedicar a fazê-lo, haja vista que não devem revogar o ato das legislaturas popularmente eleitas. Complementa que deve se afastar a tentação de dar um conteúdo substantivo a “princípios de justiça fundamental”, ou seja, de requerer não simplesmente que certos procedimentos sejam observados, mas igualmente que “princípios de justiça fundamental” substantivos sejam cumpridos.

As maiores proteções das liberdades civis estão em um tipo de controle constitucional direcionado ao processo e participação política, diferente do que acontece quando se tem o controle voltado para a imposição judicial dos valores básicos da sociedade, conforme preleciona o John Hart Ely (2010, p. 135-136):

Após muita reflexão, convenci-me de que exatamente o contrário é verdadeiro: as liberdades ficam mais seguras na medida em que encontram apoio na teoria que embasa todo o nosso governo do que se ganham mais proteção quando o juiz as considera importantes quando da decisão de um caso.

Em suma, a Constituição considerada estadunidense estabelece primeiramente os problemas de organização e de procedimento, não sendo observada para a distinção e implementação dos valores fundamentais.

### **3.2. O CETICISMO DE JOHN HART ELY**

John Hart Ely, por conta de sua peculiar desconfiança nas instituições estadunidenses, o que foi de grande contribuição, foi sarcástico em sua teorização. Em sua obra, aborda aspectos morais e filosóficos. Afirma que a filosofia é um objeto próprio do direito constitucional.

Ressalva-se que não é somente na aptidão dos juízes para identificar a moral e depois aplicá-la, mas em uma sociedade moderna, os tribunais também são considerados responsáveis por essa tarefa. O grande problema é o fato de não existir uma isenção moral total, a qual é desejada por Dworkin no Poder Judiciário.

John Hart Ely afirma, com toda a convicção que o judiciário não pode ser considerado neutro. Não é capaz de dizer os melhores princípios morais de uma sociedade. Segundo autor (Ely, 2010, p. 280) citado: “De fato, podemos propor a hipótese de que, quando mais perto a Corte fica de um raciocínio manifestamente baseado em valores fundamentais, pior é seu desempenho”.

Portanto, pode se concluir que não há uma única e pura filosofia moral a ser aplicada em todos os casos, devido ao fato de que os entendimentos podem ser diferentes, então, não há uma filosofia correta e outra errada.

#### **4. VISÃO SUBSTANCIALISTA DO DIREITO**

No ano de 1803, uma decisão do juiz John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, nos EUA, foi responsável pela divulgação do controle judicial de constitucionalidade.

Neste momento, para uma melhor explicação vale trazer a opinião de Bickel (1962), o qual afirma que não existe comando constitucional explícito sobre o poder de revisão judicial, entretanto, isto não significa que não deva estar inserido na Constituição.

A revisão judicial comprometeria ou não a organização democrática, por causa da atribuição a um corpo de juízes, os quais não foram eleitos e possuem competência para poder revogar decisões tomadas pelo corpo representativo e majoritário. Mesmo o juiz Marshall, considerado o precursor do controle de constitucionalidade não afirmou nenhuma razão verdadeira para a anulação da lei pelo Tribunal. Ainda no que concerne à hipótese em tela, insta transcrever a seguinte lição de Campilongo (2005, p. 49):

A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais,

enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativo no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça.

A teoria de Dworkin (2007) afirma que os juízes têm autonomia para anular uma decisão política realizada pela maioria legislativa sem prejudicar a democracia. Segundo aquela no momento da distinção entre os argumentos de política e princípio, o juiz nos casos complexos se faz necessária uma interpretação da lei e não somente a sua mera aplicação. Logo, deduz o chamado império do direito: como integridade, da comunidade regida por princípios.

Na teoria de Dworkin se compreende que este entendimento se dá por conta do desconhecimento da diferença existente entre dois tipos de argumentos, sendo estes: de princípio, a justificativa da decisão política, demonstrando o respeito a um direito moral do indivíduo; e de política, os quais justificam a decisão conforme algum objetivo coletivo, com a decisão pensada para o bem estar de todos.

Dworkin (2007) leciona que para o juiz realizar a interpretação das cláusulas abertas da Constituição, requer uma possível leitura moral. O magistrado pode transcender a lei com a condição da fundamentação em argumentos de princípios e com respeito à integridade do direito.

Dworkin (2007) se contrapõem ao procedimentalismo, afirmando que a teoria constitucional se fundamenta na ideia que os homens possuem direitos morais contra o Estado. O Tribunal é responsável por assumir o encargo de cuidar as questões de moralidade política e isolamento dos direitos morais. Todavia, Dworkin afirma que o juiz não deve fazer a imposição das suas próprias convicções. Quando evocar os princípios morais, o juiz sem nenhuma preocupação pode usurpar a competência, avaliará a possível compatibilidade entre a lei e a Constituição.

Dworkin compreende que os juízes possuem o dever de respeitar a história e a integridade, de fazer decisões se harmonizarem com a estrutura da Constituição e com as decisões constitucionais anteriores, se valendo de uma metáfora do “romance em cadeia”, e assim, fazer a delimitação da possibilidade dos juízes utilizarem as suas convicções morais. A integridade ordena ao magistrado que mantenha um elo de coerência com o passado, mas não fique na dúvida com novo julgamento moral, caso considere que isto se justifique como uma melhor interpretação.

## 5. O ATIVISMO E A REVISÃO JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao comparar os dois autores e analisando o cenário da jurisdição constitucional brasileira, verifica-se que apesar da Teoria Procedimentalista desenvolvida por John Hart Ely consiga resolver determinadas questões de atuação não democrática dos Tribunais, esta teoria não é aplicada no vigente sistema jurídico brasileiro. Hohmann (2007, p. 8-9), ao tratar da Constituição de 1988, afirma que “(...) conteúdos mínimos que devem ser respeitados pelo legislador ordinário, entre os quais, os direitos e garantias fundamentais (elevados ao status de cláusulas pétreas)”.

Ainda se pronuncia o citado autor sobre o tema (Hohmann, 2007): “(...) se o Judiciário se limitar a garantir a lisura do procedimento democrático, deixará desprotegidos os direitos fundamentais e todas as questões substanciais erigidas na Carta Magna”.

Negar a assunção de valores pela Constituição é, em grande medida, ignorar alguns dos principais comandos consagrados nas constituições contemporâneas. O problema está, em larga medida, portanto, no delimitar a extensão das diretrizes (valorativas) já incorporadas no momento constitucional, e não em negar-lhes ou ignorar-lhes a existência. O problema está, assim, em traçar a medida da liberdade de conformação reservada ao legislador e ao Executivo, sob pena de se promover um retrocesso ao formalismo inconsequente. (TAVARES, 2007, p. 347).

O pensamento de Hohmann e Tavares, também é compartilhado por Kozicki e Barbosa (2008), o qual este afirma que: “(...) é possível afirmar que a Constituição brasileira é uma constituição de valores, escolhidos pela sociedade no momento constituinte e elevados à categoria de direitos fundamentais na Carta de 1988”.

Portanto, observando os autores com pensamentos procedimentalistas, como por exemplo, Ely e Barzotto, Kozicki e Barbosa, observa-se que estes autores autorizam a proteção dos direitos fundamentais como uma garantia do processo democrático não tendo essas decisões consideradas de caráter não democrático.

No Brasil, o processo eleitoral somente é democrático sob o ponto de vista formal, pois as eleições são extremamente caras e assim a maioria das pessoas não possuem condições financeiras para participarem deste processo, e, se participassem, teriam poucas chances de obter algum sucesso. Logo, as promessas constitucionais não são realizadas por quem deveria. Conjuntamente, com escândalos de corrupção acarretam uma crise de

confiança e legitimidade das pessoas que compõem o Legislativo e Executivo, uma demonstração clara de que há grandes problemas com a democracia representativa.

Ao analisar o contexto brasileiro, pode se afirmar que quanto menor o nível de organização e atuação da sociedade para fazer valer uma participação e assim influenciar a formação política, maior será a responsabilidade judicial sobre a concretização e realização das normas constantes na Constituição, em especial, aquelas que têm uma alta carga de valores ideológicos.

Com base nos ensinamentos de Gustavo Binbenbosc (2010, p.278), pode se perceber que o Estado Democrático de Direito é a soma da história de duas ideias, que na sua origem são opostas: a democracia, como fundamento na soberania popular, e, o constitucionalismo, o qual encontra-se atrelado à limitação de poder.

Atualmente, a democracia constitucional é proclamada como um regime político ideal, conforme preconiza Binbenbosc (2010, p. 278): “(...) vive sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade majoritária e vontade superior expressa na Constituição”. Sendo assim, a jurisdição constitucional é considerada uma instância de poder contra majoritário, pois tem fundamento na ideia da supremacia da Constituição, delimitando o espaço da decisão dos agentes políticos - os quais foram eleitos pelo povo - quando a decisão política de não ser a favor de princípios e direitos - considerados como não alienáveis pelo poder constituinte originário.

A jurisdição constitucional tem a seguinte função, a qual é definida por Binbenbosc (2010, p.278): “(...) é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos”, quando forem ofensivos à Constituição. Quando necessária a intervenção, se ajusta a favor e não contrária a democracia.

O ativismo judicial, o qual não é característica exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro, tem tido relevância nas decisões do STF, e conseqüentemente tem se destacado na mídia, por conta de temas relevantes. A Constituição Brasileira é considerada, em sua essência, substancialista, tendo apenas alguns aspectos procedimentalistas.

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 420), na tentativa de demonstrar a expansão da autoridade do STF, afirma a existência de uma *supremocracia*, e mostra as causas da sua construção institucional, que são: a ambição constitucional, no momento de cuidar de todos os temas, proporcionando uma quantidade em demasia da litigiosidade em torno da Constituição; as competências superlativas do STF, que como tendo a obrigação de guardião constitucional, ampliou um elenco de demandas analisadas em uma única instância, como também na possibilidade de atuar na recursal.

Conforme ensina com muita propriedade, Fabio Konder Comparato (2010, p. 297) afirma que a não constitucionalidade de uma política governamental pode se dar não somente por sua própria finalidade, e, conseqüentemente, pelos efeitos dos meios ou instrumentos escolhidos para o seu feito. Assim, esse controle judicial não confronta a democracia. Ao contrário, considerado regime de governo com adequações para fazer respeitar a dignidade de pessoa humana - por meio da tutela dos direitos fundamentais - solicita-se nela o ato efetivo dos direitos sociais, para não ocorrer o ato de supressão da própria liberdade. Tal pensamento é afirmado por José Eduardo Faria (1978, p. 62):

(...) a democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio de poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível.

Com os direitos sociais formando a estrutura básica do regime democrático, surge o direito a educação e a capacidade de interferir nos destinos da comunidade ao qual está inserida. De acordo com José Alfredo de Oliveira Baracho (1995, p. 63): “a democracia implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global”.

José Reinaldo de Lima Lopes (2005, p. 142) afirma que o Poder Judiciário, o qual está inserido no Estado Democrático e Social de Direito, é responsável por resolver a seguinte questão: “garantir as regras do jogo, mas de um jogo que sirva para ampliar a liberdade e igualdade”. Daniel Sarmiento (2010, p. 402-403) complementa afirmando que o princípio democrático não impede a proteção judicial aos direitos sociais, mesmo estando inserido em um contexto de exclusão social e não livrando o respeito à liberdade de conformação do legislador.

Nesta teoria, a democracia, a qual não significa somente um governo de todos, não contraria, aliás, solicita de pronta atuação do Judiciário, sendo este sua função de atuar como guardião da dinâmica da representação da maioria versus o pensamento minoritário, defendendo “(...) a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)”, conforme preleciona Clémerson Merlin Cleve (2006, p.36).

A expressão *ativismo judicial* possui um elo com outras expressões sociais, tais como, o *ativismo de cidadania* ou *ativismo dos direitos humanos*. No lapidar da lição de José Renato Nalini (2009, p.21): “o juiz exerce uma função em que a concretização dos direitos fundamentais é rotina e precisa estar consciente de que dele depende a etapa mais séria dessa doutrina: a sua efetiva implementação”.

Para se efetivar os direitos sociais como fator de responsabilidade para aprimorar a própria democracia, deve haver uma postura crítica do intérprete com relação à força de norma da Constituição, a qual deve ter uma sensibilidade psicológica, sensata e humana, transcendendo o pensamento meramente lógico-formal ou de técnicas não conectadas com a realidade.

Em países onde há falta de políticas sociais efetivas, como é o caso do Brasil, além de terem como marca uma forte corrupção no processo político e na realização dos fins estatais, é muito importante juízes que tenham comprometimento com os sentimentos constitucionais, em especial aqueles relacionados ao correto sentido das normas de direitos sociais.

Portanto, em um país com estruturas políticas em que a democracia é considerada mais formal do que real e os direitos humanos somente são realizados na conveniência e capacidade das possibilidades de resistência das elites, a revisão judicial, quando é aplicada de modo correto, contribui para aprimorar a democracia, em especial, quando se estende os direitos fundamentais aos excluídos, não sendo só desejável, mas primordial à sociedade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do desenvolvimento desta pesquisa foi possível fazer a identificação, diante da visão de Dworkin e Ely, entre as teorias substancialista e procedimentalista.

Os aspectos com maior importância sobre as questões do ativismo judicial, a utilização dos seus princípios, o papel da política, a utilização dos precedentes e normas da Constituição, todos esses pontos são considerados de divergência entre os dois autores e, ainda, a interpretação judicial, em que tem concordância entre Dworkin e Ely, pois a Constituição deve ser interpretada judicialmente.

Um ponto fundamental em que ocorre grande debate entre as duas teorias é a postura dos Tribunais Constitucionais em relação ao alcance de suas atribuições. As questões relacionadas à política estariam fora do alcance dos Tribunais para as duas teorias.

Contudo, os direitos considerados fundamentais poderiam ser objetos de decisões dos Tribunais para o substancialista, pois as Cortes Constitucionais possuem legitimidade para fazer o controle de constitucionalidade, tendo autonomia para dar a última palavra em questões constitucionais sem ofender a democracia, sendo que esta pode se dar por meio da aceitação dos participantes, diante do que está disposto na Constituição Federal. A questão da eleição dos membros não tem relevância se ocorrer a aceitação dos participantes.

Nesta vertente, os substancialistas admitem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, especialmente sobre a efetivação dos direitos fundamentais. Aceitam a ideia que a Constituição democrática tem a obrigação de delegar as funções de proteger as minorias em perecimento às decisões feitas por uma maioria legislativa, podendo ser ao Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais devem ser otimizados, como todos os esforços para a sua efetivação. Todavia, deve-se considerar a essência legislativa como uma possibilidade de discussão das questões interessantes à sociedade, por meio da democracia consolidada através dos debates dos princípios, os quais são objeto de controvérsia.

Ao Poder Judiciário não se pode delegar tudo, como se fosse um único órgão de discussão, tendo sempre a última palavra. O constitucionalismo tem desafios atualmente e parece que o principal é proporcionar discussões, em locais democráticos e com a maior participação da sociedade, para se atingir o objetivo desejado.

## **REFERÊNCIAS**

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. São Paulo: Editora Globo, 2008.

BARACHO, J. A. O. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, E. M. Q.; KOZICKI, K. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte. Florianópolis: Boiteux, 2007.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia.** 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BOLZAN, L.S. **A justiça constitucional em John Hart Ely.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31812/a-justica-constitucional-em-john-hart-ely>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

CAMPILONGO, C. F. **Os desafios do Judiciário:** um enquadramento teórico. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1 ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, jan.-mar. 2006.

COMPARATO, F. K. **Rumo à Justiça.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, R. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **On constitutional ground.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996.

FARIA, J. E. **O Judiciário e os direitos humanos e sociais:** notas para avaliação da justiça brasileira. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1 ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Poder e legitimidade:** uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

HABERMAS, J. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. I. Tradução do alemão por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia:** entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia:** entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOHMANN, L. H. G. Fundamentos da jurisdição constitucional brasileira. In: **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba/PR, v. 2. p. 1-20, 2007.

LOPES, J. R. L. **Direito subjetivo e direitos sociais:** o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1 ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, C. H. **Diretos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado em Ciência Política – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MENDES, G. F. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NALINI, J. R. Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009.

SARMENTO, D. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

VIEIRA, O. V. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento / Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, jul.-dez. 2008.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKY, G. Juices constitucionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Ano XXXIX, nº 117, set.-dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **La crucifixión y la democracia**. Barcelona: Ariel, 1996.