

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**RUBENS BEÇAK**

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 Napolini 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

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-375-7

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

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

Em Teoria Constitucional, obra que reúne trabalhos aprovados para essa área do conhecimento jurídico no XXV CONPEDI, constatamos a preocupação de novos e veteranos pesquisadores do direito constitucional com um amplo leque de questões, as quais não somente resgatam as tradicionais temáticas dessa área, a exemplo da mutação constitucional, devido processo legal, poder constituinte e mecanismos de controle de constitucionalidade, como também avança em novas questões, as quais fazem referência ao mínimo existencial, constitucionalismo latino americano e processo de integração e globalização.

Mesmo nas abordagens das temáticas mais tradicionais, percebemos a preocupação dos autores com a construção de análises jurídicas efetivamente emancipatórias, uma vez que marcante, em todos os textos, a percepção de que o direito não possui sentido salvo se encontra comprometido com a dignidade da pessoa humana.

Ora, a dignidade da pessoa humana somente assume status relevante se efetivamente levada a sério por meio da criação das condições necessárias para que todos os seres humanos possam desenvolver os seus potenciais, ao mesmo tempo em que as suas diferenças, que garantem as suas individualidades, sejam respeitadas e asseguradas.

Para consolidar essa percepção de mundo e assegurar a real efetividade dos textos constitucionais democráticos, recomendamos vivamente a leitura de Teoria Constitucional do XXV CONPEDI.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

## **GUARDA COMPARTILHADA DA CONSTITUIÇÃO: POR QUE NÃO PODEMOS SER COMO OS CANADENSES?**

### **SHARED CUSTODY OF THE CONSTITUTION: WHY CANT WE BE LIKE CANADIANS?**

**Ana Cristina Melo de Pontes Botelho  
Terrie R. Groth**

#### **Resumo**

No presente artigo, procuramos estudar as possibilidades de democratização do controle judicial da constitucionalidade, a partir da ideia de guarda compartilhada da Constituição e de limitação da expansão do Poder Judiciário sobre a arena política. Para isso, abordamos a questão da supremacia judicial e da defesa das minorias e a confrontamos com a ideia de democracia deliberativa. Queremos mostrar que a situação ideal é que a “última palavra”, em temas de alta relevância moral e política da Nação, não caiba exclusivamente às Cortes Supremas.

**Palavras-chave:** Revisão judicial, Direito constitucional comparado, Brasil, Canadá, Democracia deliberativa, Cortes supremas

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

In this article, we discuss the possibilities of democratization of the judicial control of constitutionality, based on the idea of shared custody of the Constitution and on the limitation of the expansion of the Judiciary in the political arena. For this, we address the issue of judicial supremacy and protection of minorities and compare it with the idea of deliberative democracy. We want to show that the ideal situation is that the "final word" in high moral relevance and political themes are not exclusive to the Supreme Courts.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial review, Comparative constitutional law, Brazil, Canadian, Deliberative democracy, Supreme courts

## 1. INTRODUÇÃO

A clássica tripartição dos poderes, teorizada por Montesquieu, tem ensejado várias discussões, ao longo dos séculos, acerca dos limites das interferências nas competências de um poder sobre o outro, bem assim das limitações para o exercício de funções atípicas.

Ao lançarmos um olhar sobre a história política e jurídica do Brasil, vemos, claramente, que mesmo diante das alternâncias entre modelos de Constituições autoritárias e democráticas, a tripartição de poderes tem sido uma realidade desde a Constituição de 1824, que dividia os poderes em: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial (art. 10, Título 3º). Nas Cartas Magnas que se seguiram, excluído o Poder Moderador, os demais mantiveram-se. Frise-se que a CF/1937 não fez menção, expressamente, ao princípio da separação de poderes independentes e harmônicos entre si, embora houvesse a previsão das competências a serem desempenhadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em apertada síntese, é importante registrar que nas Constituições anteriores a de 1988 parecia existir uma preocupação maior com as interferências recíprocas entre os poderes, razão pela qual havia previsões expressas de limitações à delegação de atribuições próprias de cada Poder. Na CF/1934, art. 3º, §§1º e 2º previu-se, respectivamente: “E’ vedado aos Poderes constitucionaes delegar suas attribuições.”; e “2º O cidadão investido na função de um delles não poderá exercer a de outro.”

Mesmo assim, deu-se ao Senado, em 1934, a função de poder coordenador, competência considerada, por muitos, como uma reminiscência da ideia de Poder Moderador, pois consistia em fiscalizar a legalidade dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, suspendendo a execução dos dispositivos ilegais. Era uma função política, mas também jurisdicional. Em 1967 fortaleceu-se, sobremaneira, o Executivo, com a ampliação de seu poder de iniciativa das leis, a limitação de tempo para a aprovação, pelo Congresso, dos projetos do Governo. Havia, outrossim, restrição em relação à apresentação de emendas aos projetos governamentais, tendo, por outro lado o Presidente da República a faculdade de expedir decretos-leis ao seu bel-prazer.

Vê-se, então, que em períodos de experiências democráticas liberais (1934), a tendência era dar mais poder ao Parlamento, corroborando a visão de Locke (2005) de que o homem, com poder, tende a abusar dele, o que impõe sejam estabelecidos limites. Em contrapartida, em períodos de regimes ditatoriais (1967), dava-se prevalência ao Executivo, servindo a Constituição como um

instrumento que conferia, tão-só, feição jurídica a um regime de poder de fato [Constituição Semântica, segundo Karl Loewenstein (1976, p. 217)].

A Carta Magna de 1988, de seu lado, albergou uma fisionomia de justiça constitucional já assumida na última metade do século XX, que se propunha a estar em estreita sintonia com a universalidade da ideia de liberdade e de respeito da dignidade de todo o homem e dos direitos invioláveis que lhe são inerentes.

A partir de 1988, o protagonismo do Judiciário e a judicialização da política têm dado ensejo a discussões acaloradas sobre o tema “ativismo judicial”. De um lado, os que se socorrem do Supremo Tribunal Federal esperam que o Órgão dê a “palavra final” sobre temas polêmicos como: regras sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo; troca de partidos políticos; cláusula de barreira partidária; feto anencéfalo; processo legislativo etc. De outro lado, o Legislativo sente-se usurpado em seu poder de legislar.

Diante da realidade sintomática de tudo exigir a intervenção do STF, este Órgão acaba por empregar, de forma desmesurada, a fiscalização judicial não só da constitucionalidade das leis, como também da omissão legislativa e das decisões judiciais ordinárias. Com isso, torna-se um “superpoder”, num papel contramajoritário, que termina por degradar a ideia marcante de nossa Constituição que é a valorização da soberania popular e do princípio democrático.

Nesse cenário, o ativismo da nossa Corte Constitucional ganha especial relevo, uma vez que suas decisões não são submetidas ao controle popular, ou seja, falta-lhe a legitimidade que sobra ao Legislativo. Por outro lado, não se pode perder de vista o fato de que é a omissão e a morosidade legislativa que contribuem para que o Judiciário torne-se este superpoder, mesmo que deficitário em termos democráticos.

Em suma, a partir do novo constitucionalismo de 1988 houve um desencadeamento da superação da neutralidade (como legislador negativo) e a afirmação ativista do Judiciário (como legislador positivo), que tem cada vez mais buscado suprir sua deficiência de legitimidade por meio de mecanismos que incrementem a participação popular nas deliberações judiciais, como é o caso das audiências públicas e da participação do *amicus curiae*.

Diante desse claro desequilíbrio do sistema de tripartição de poderes, Parlamentares brasileiros, em sintonia com discursos doutrinários de peso no meio acadêmico, cada vez mais assumem um discurso de que o Judiciário tem ultrapassado os limites das competências

Constitucionais que lhe foram atribuídas, assumindo o papel de legislador positivo. Partiram, pois, para o contra-ataque com a proposição da PEC 33/2011<sup>1</sup>, a qual demonstrou bem essa insatisfação.

A PEC supramencionada buscou, em essência, controlar as decisões da Corte Constitucional com as seguintes proposições: ampliar o quórum para decisões judiciais de inconstitucionalidade; condicionar o efeito vinculante das súmulas a sua aprovação no Congresso Nacional; impedir o controle judicial da constitucionalidade de emendas à Constituição. Mas será que a legitimidade democrática do Poder Legislativo permite esse tipo de controle, diante do importante papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal?

Em termos de Direito Comparado, verifica-se que no Canadá estabeleceu-se um perfil de controle de constitucionalidade que é compartilhado entre os dois poderes políticos: Legislativo e Judiciário. Por meio desse modelo, viabiliza-se a participação do povo que, em última instância, é quem dá a “última palavra” sobre a legalidade das leis. Esse modelo de revisão e controle legislativo das decisões da Suprema Corte pelo Poder Legislativo, encontra-se inserido em um contexto de democracia deliberativa, e busca concretizar o princípio democrático. Em tempos de globalização a utilização da comparação<sup>2</sup> é indispensável para observar e conhecer outras regras e sistemas jurídicos.

Diante das considerações aqui alinhadas, o presente artigo busca estudar as possibilidades de democratização do controle judicial da constitucionalidade, a partir da ideia de guarda compartilhada da Constituição e de limitação da expansão do Poder Judiciário sobre a arena política.

## **2. SUPREMACIA JUDICIAL: A ÚLTIMA PALAVRA E A DEFESA DAS MINORIAS**

Constitucionalistas reconhecem que a supremacia judicial é uma realidade não só na sociedade brasileira, mas é um fenômeno que acontece em nível mundial e precisa ser estudado em suas diferentes matizes. A compreensão, quase dogmatizada, de que a Corte Constitucional detém a última palavra tem sido colocada em xeque diante do seu déficit de legitimidade. Questiona-se, outrossim, se as cortes constitucionais, de fato, defendem os direitos das minorias, no exercício do seu papel contramajoritário.

Jeremy Waldron mostra, em suas obras, grande preocupação com a titularidade conferida às Supremas Cortes de dar a palavra final acerca dos inevitáveis desacordos sobre os direitos. Os títulos das obras de Waldron, por exemplo, como “*Law and disagreement*”, “*Judicial review and*

---

<sup>1</sup> A PEC 33/2011 foi arquivada em 31/01/2015, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

<sup>2</sup> O estudo do Direito Comparado permite olhar as diferenças e similaridades entre os sistemas jurídicos. Na busca de um senso de justiça unitário, faz-se necessário que o homem ultrapasse suas fronteiras legais.

*the conditions of democracy*”, “*The core of the case against judicial review*”, fornecem-nos a perfeita ideia de que a reflexão crítica tem por base uma ideia marcante de democracia e, nesse sentido, de que o fórum para a tomada de decisões sociais, quando há desacordo, é o parlamento, instituição que detém a representatividade das mais divergentes vozes da comunidade.

Mark Tushnet, num pensamento teórico de igual jaez, mostra-se radical em sua obra intitulada “*Taking the Constitution Away from the Courts*”. Suas críticas têm como referência as tradições americanas do *judicial review*, que permitem que os juízes americanos invalidem ações governamentais inconstitucionais. Ele insiste que se criou um direito constitucional "populista", em que as declarações judiciais não merecem consideração especial, advertindo que devemos buscar interpretações razoáveis da "Constituição fina". A partir de exemplos práticos da vida política e social americana, assinala que por causa da existência de revisão judicial muitos erros ocorreram e que, nesse contexto, nem o povo nem os seus representantes se sentiram competentes para fazer cumprir a Constituição (TUSHNET, 2000).

Ran Hirschl, ao analisar “o novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”, ressalta que o mundo testemunhou, nas últimas décadas, uma profunda transferência de poder das instituições representativas para os tribunais, acentuando que até mesmo países como o Canadá, Israel, Reino Unido, Nova Zelândia, reconhecidos pela permanência no modelo de soberania parlamentar, ao estilo Westminster, terminaram se rendendo ao conceito de supremacia constitucional (HIRSCHL, 2006, p. 139).

Nesse sentido, esses países têm se deparado com a realidade de tudo requerer a intervenção dos tribunais, como, por exemplo, questões relacionadas a dilemas morais e a políticas públicas. Chama a atenção para o fato de que nos Estados Unidos, onde o controle de constitucionalidade já atingiu o bicentenário, a elaboração de políticas públicas é uma realidade incontestável. Mas, para ele, a importância política dos tribunais vai muito além da elaboração de políticas públicas, pois a “judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver” (2006, p. 140). Ou seja, “problemas constitucionais”, das mais diversas ordens, são alvo de decisões judiciais, cedo ou tarde (2006, p. 141).

A questão de fundo é, então, analisar como num sistema político “dito democrático” há espaço para uma supremacia judicial tão forte. Será que somos mesmo tão democráticos quanto nos



autointitulamos? O que é mais importante num “Estado Democrático de Direito”: a defesa das maiorias ou das minorias?

Nesse ponto, é importante resgatar a obra de Alexis de Tocqueville intitulada “A democracia na América”, na qual o autor acentua que é da essência dos governos democráticos o fato de o império da maioria ser absoluto, pois, fora da maioria, não há nada que resista nas democracias. E continua afirmando que o Legislativo é, de todos os poderes políticos, o que obedece mais facilmente à maioria. Ele observou que, de forma proposital, na América, os legisladores eram nomeados para um curto período, situação que os obrigava a se submeterem às paixões cotidianas de seus constituintes (TOCQUEVILLE, 2005, p. 289).

Verificou ainda, em suas observações diárias, que em muitos Estados o Poder Judiciário era eleito pela maioria e em todos eles se fazia, de certo modo, a existência desse poder depender do Poder Legislativo. Era comum, ainda, que os eleitores nomeassem os Deputados mas, em contrapartida, traçassem para eles um plano de conduta e lhes impusessem certo número de obrigações positivas, em relação as quais eles não poderiam se afastar. Diante dessas e de outras circunstâncias particulares, a percepção do autor foi a de que o poder da maioria era não apenas predominante, mas irresistível (TOCQUEVILLE, 2005, p. 290).

Ressaltou também que “a ideia do direito de governar a sociedade, que a maioria possui por suas luzes, foi trazida ao solo dos Estados Unidos por seus primeiros habitantes. Essa ideia, que por si só bastaria para criar um povo livre, faz hoje parte dos costumes e a encontramos nos menores hábitos da vida.” Destarte, o império moral da maioria baseava-se no princípio de que os interesses da maioria devem ter preferência sobre os da minoria (TOCQUEVILLE, 2005, p. 290/291).

Diante dessa importância arrebatadora da maioria, como ficariam as minorias? A quem caberia o papel de defesa das minorias, se considerarmos que cabe ao Legislativo a defesa das maiorias? A resposta veio fortemente após a segunda guerra mundial e foi retratada pela alemã Ingeborg Maus.

A autora parte da noção de imago paterna, em artigo denominado “Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’”, para acentuar que (MAUS, 2000, p. 191): “*O TFC afirmou então austeramente que seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis (ou controle de atos constitucionais relevantes) não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar os seus horizontes:*” (grifamos)

Noutros termos, a “competência” do TFC não mais deriva da Constituição, haja vista que se coloca em primeiro plano ao reconhecer-se a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional. A afirmação de princípios suprapositivos afirmados pelo TFC o libera de vinculações estreitas às regras constitucionais. Essa é, segundo a compreensão da autora, uma forma de o TFC disfarçar seu decisionismo sob o manto de uma ordem de valores submetida à Constituição (MAUS, 2000, p. 192).

Num tom crítico, a autora destaca que a “apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição”. Esta, diferentemente dos tempos de fundamentação racional-jusnaturalista da democracia, passa a ser utilizada como um texto fundamental a partir do qual os “sábios” deduzem valores e comportamentos corretos. Percebe, ainda, que o TFC atua menos como “Guardião da Constituição” do que como órgão que busca manter sua própria história jurisprudencial.

Robert M. Cover, em artigo intitulado “*The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*” ressaltou que a deslegitimação das cortes supremas está correlacionada com a superioridade democrática, que é representada pelo Legislativo. Nesses termos, os mecanismos de escolha democrática se sobressaem em relação à imposição de teorias de direitos substantivos (COVER, 1982, p. 1287).

Ataca-se, na verdade, o exercício da revisão judicial como um instrumento cego, que tem se tornado conhecido com relação à dificuldade do exercício do papel contramajoritário. Cover aponta, ainda, que o majoritarismo defendido por Brandeis, Stone e Holmes persistiu nos anos 30, do *New Deal* de Roosevelt, e estava no coração da crítica do negócio da Suprema Corte. Esta deveria justificar os resultados gerados pelos sistemas político e social e reconciliá-los com os primeiros princípios da estrutura política.

Robert A. Dahl, ao estudar a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política num contexto democrático (DAHL, 1957, p. 4), acentuou que em 167 anos, em setenta e oito casos, a Corte derrubou oitenta e seis diferentes disposições de lei federal como inconstitucionais, mas objetou-se em todos ou em grande parte dos casos a Corte, de fato, estava defendendo os direitos de minorias contra maiorias tirânicas? Logo em seguida, tentando formular resposta à indagação colocou que:

“Um problema, que é essencialmente ideológico no caráter, é a dificuldade de conciliar tal interpretação com a existência de uma política democrática, para o que não é difícil mostrar pelo apelo a autoridades tão variadas quanto imponentes como Aristóteles, Locke, Rousseau, Jefferson e Lincoln que o termo democracia significa, dentre outras coisas, que o poder para governar reside na maioria popular e seus representantes. Além disso, para definições inteiramente razoáveis e tradicionais de soberania popular e igualdade política, o princípio do império da maioria pode ser mostrado como resultante da lógica da necessidade. Assim, *afirmar que a Corte ampara as preferências minoritárias contra as majoritárias é negar que a soberania popular e a igualdade política, ao menos no sentido tradicional, existam nos Estados Unidos; e afirmar que a Corte deve agir deste modo é negar que a soberania popular e a igualdade política devam prevalecer neste país.*” (grifei)

Reconhece, pois, que se trata de uma instituição que faz política e que, portanto, é parte essencial da liderança política. Noutros termos, registra que não se pode negar a natureza política da Suprema Corte. Acentua que se a considerássemos como uma instituição estritamente jurídica, estaríamos subestimando seu significado no sistema político americano.

Ou seja, uma instituição cuja competência primordial é defender o direito das minorias termina, não raro, por defender, num sistema democrático, o direito das majorias. Para Dahl, muitas vezes, os critérios políticos são utilizados quando os jurídicos não se mostram adequados para tal tarefa (DAHL, 1957, p. 1). Diante dessa realidade prática e das incertezas do direito, para ele, seria mais adequado reconhecer, de logo, que a Corte é uma instituição política e deixar de lado a ficção de que se trata de uma instituição de feição exclusivamente jurídica.

É nesse cenário que estão inseridos os norte-americanos, cujo *judicial review* teve início com o famoso caso *Marbury vs. Madison*, que terminou por afastar a ideia inglesa de supremacia do parlamento, que teve em Locke sua forte base teórica.

A realidade do Brasil não é diferente da dos Estados Unidos da América. Aqui, também, os membros da Suprema Corte deparam-se com casos em relação aos quais as palavras da Constituição são genéricas, vagas, ambíguas ou não claramente aplicáveis (DAHL, 1957, p. 2). Qual, então, o

rumo a seguir quando experts no assunto divergem no prognóstico das consequências das várias alternativas que podem ser adotadas?

O Supremo Tribunal Federal, sem dúvida, lida, no dia-a-dia, com situações de desacordo, nas quais há várias saídas a considerar. Mas, tal como constatado nos Estados Unidos, nem sempre atua na defesa das minorias. Juliano Zaiden Benvindo, ao fazer estudo de dois casos concretos discutidos no âmbito do STF, percebeu que:

“O princípio constitucional, que deveria proteger situações particulares de indivíduos diretamente afetados pela decisão, foi preterido em favor do cálculo utilitarista. É aqui que reside a possível discussão entre política e direito e é também, nesse contexto, que aparece uma motivação para se pensar o ativismo judicial. Quando o *Supremo Tribunal Federal* age em prol de um cálculo utilitarista, em que um valor econômico ou político prevalece sobre um princípio constitucional historicamente consagrado voltado para a defesa do indivíduo, aparece um possível problema de legitimidade, porque passa a agir em defesa de um interesse tipicamente majoritário da sociedade” (grifei) (BENVINDO, 2011, p. 568/569)

Além de ser criticado pelo desvirtuamento de sua função de defensor das minorias, ao STF são direcionadas fortes objeções relacionadas ao seu exacerbado ativismo no exercício das competências constitucionais que lhe foram conferidas. Como numa democracia deliberativa, cujos juízes são escolhidos de forma não democrática, um órgão jurisdicional pode ser o detentor da “última palavra” em relação a decisões que chegam, inclusive, a determinar políticas públicas? Qual a alternativa à última palavra do STF?

Uma reflexão mais crítica nos leva a perceber que não somos tão democráticos como nos autointitulamos. Mas, o fato é que num Estado dito “democrático” tanto a defesa das majorias é importante, quanto a defesa das minorias, por isso que existem órgãos constitucionalmente previstos para o exercício de papéis tão relevantes.

### **3. A IDEIA DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA POSTA EM CONFRONTO COM O CONTEXTO DE SUPREMACIA JUDICIAL**

Ao estudar democracia deliberativa, Dryzek acentua (2009, p. 217), com base em Gutmann e Thompson (1996), que os cidadãos “*need to be able to participate in deliberate about a decision,*

*rather than simply vote upon it. Claims on behalf of particular policy options must be made in terms that, on reflection, the affected individuals can, accept.*<sup>3</sup>” Reconhece, entretanto, que em sociedades contemporâneas complexas e com grande quantidade de pessoas, o problema imediato que tem que ser enfrentado pela democracia deliberativa é, justamente, de escala. Claramente, é mais fácil deliberar em pequenos grupos, pois são mais facilmente organizáveis. Para milhões de pessoas que tenham interesse em deliberar sobre determinada questão, o cenário é bem diferenciado.

Para Dryzek (2009, p. 217), a democracia deliberativa “*is grounded in an assumption about individuals that stresses their capacity to reflect upon their own preferences, values and judgments in light of their participation in political dialogue with other individuals.*”<sup>4</sup> A deliberação, nesse sentido, pode não ser decisiva mas, certamente, exercerá alguma influência e levará a pensar sobre o papel da comunicação e da reflexão.

Registra que já no início do século XX, a democracia americana era vista em termos de uma comunidade que, para resolver seus problemas, precisava estabelecer uma comunicação entre os seus componentes (DRYZEK, 2009, p. 216). Ressalta que Habermas, o grande líder da filosofia europeia continental, usa o termo giro deliberativo por perceber a importância da ação comunicativa numa democracia deliberativa (DRYZEK, 2009, p. 216).

Na verdade, outra grande questão que se apresenta é como pensar seriamente nos interesses dos cidadãos, sem engajá-los no diálogo (DRYZEK, 2009, p. 218). Estamos, pois, diante da necessidade de se providenciar o engajamento dos discursos na esfera pública para que se produzam mudanças culturais. Há que se ter em conta que o poder dos argumentos produzidos na esfera pública pode ser tomado pelo Estado (DRYZEK, 2009, p. 219). Destarte, a legitimação discursiva é fixada quando uma política pública é coerente com um conjunto de discursos encontrados na esfera pública, em relação aos quais os atores competentes fazem um controle reflexivo. Doravante, as condições de comunicação são atendidas na esfera pública, de modo que fiquem livres da dominação, propaganda, engano, manipulação, restrições legais sobre a liberdade de expressão e de associação, e assim por diante (DRYZEK, 2009, p. 219).

---

<sup>3</sup> Tradução livre: “precisa estar apto a participar da deliberação sobre a decisão, ao invés de simplesmente votar sobre ela. As opções políticas devem ser feitas a partir de reflexões dos próprios indivíduos afetados.”

<sup>4</sup> Tradução livre: “é baseada na suposição de que os indivíduos têm capacidade de refletir sobre suas próprias preferências, valores e decisões, em função da participação no diálogo político com outros indivíduos.”

Nessa linha de raciocínio, percebe-se a importância do debate produzido na esfera pública. Mas o autor chama a atenção para o fato de que a maneira como a legislatura está estruturada pode fazer a diferença no que diz respeito à qualidade do debate (DRYZEK, 2009, p. 221). O que está em jogo, na verdade, são as variações das especificidades institucionais de uma democracia deliberativa para outra. Noutros termos, os problemas relacionados ao design institucional têm que ser levados em consideração, mesmo diante do silêncio teórico acerca desse tema (mecanismos de incremento da ação comunicativa numa democracia deliberativa). Salienta que:

*“... institutional design matters a lot for deliberation, and the content of deliberation is likely to be very diferente in diferente institutional locations – and in settings outside formal institutions, such as the informal public sphere. Habermas (1996) outlines a ‘two track’ account of deliberative democracy that involves both the generation of public opinion in the informal public sphere and debate in the legislature.”<sup>5</sup>*

É importante perceber que a teoria da democracia deliberativa, explicada por Dryzek, é, principalmente, uma teoria normativa que é capaz de providenciar prescrições e avaliações de práticas existentes. Permite perceber, lançando um olhar para as várias instituições onde a deliberação pode ser encontrada, que o lugar mais óbvio para examinar a deliberação entre as instituições do Estado é a legislatura, a qual *“in consensual democracies are normally multi-party because they are elected by proportional representation.”*<sup>6</sup> (DRYZEK, 2009, p. 220/221)

A despeito da importância dada a legislatura como *locus* adequado para a deliberação participativa, a realidade brasileira atual nos mostra que a supremacia judicial é fato incontroverso e tem sido reforçada pelo fato de que o papel das legislaturas tem se tornado menos central e a sua capacidade deliberativa se tornado menos crucial.

Outro ponto destacado é que as instituições corporativistas sempre operam em maior sigilo do que faz o parlamento. Mas sigilo, para Dryzek (2009, p. 222), não é necessariamente ruim, porque os participantes podem explorar posições sem se preocupar sempre com os membros

---

<sup>5</sup> Tradução livre: “O desenho institucional é muito importante para que a deliberação possa ocorrer e o conteúdo desta pode ser muito diferente a depender da instituição e ainda considerando os ambientes existentes fora das instituições formais, tais como a esfera pública informal. Habermas (1996) descreve a existência de “duas vias” na democracia deliberativa, a qual envolve tanto a produção da opinião pública na esfera pública informal, quanto o debate legislativo.”

<sup>6</sup> Tradução livre: “as democracias consensuais são normalmente multi-partidárias, porque os representantes são eleitos por representação proporcional.”

de sua federação ou com grupos olhando por cima dos ombros ou com o brilho advindo da publicidade de mídia.

O grande problema das cortes constitucionais, como instituições corporativistas que são, é a falta de representatividade democrática. Elas podem ser locais de deliberação, sendo seus juízes vistos por Rawls como especialistas em razão pública, raciocinando sobre o que é o verdadeiro interesse da sociedade como um todo. Mas a preocupação que persiste e inquieta é, justamente, com o fato de que os membros das cortes são apontados e não eleitos e, pelo menos em princípio, não têm que ter preocupações com o peso da opinião pública (DRYZEK, 2009, p. 222).

### **3.1. O CASO DO ABORTO DO FETO ANENCÉFALO, A DIVISÃO DE OPINIÕES E AS TENTATIVAS FRACASSADAS DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO LEGISLADOR**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF, movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde/CNTS, com admissibilidade confirmada, teve por objeto o reconhecimento da licitude de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, com apoio apenas em normas constitucionais. Solicitou a arguente fosse dada interpretação conforme à Constituição aos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal, para lhes afastar a incidência na hipótese de interrupção da gestação de feto anencéfalo. O Relator, Ministro Marco Aurélio de Melo, colocou que se trata de tema (p. 169):

“de delicadeza ímpar, pois perpassa nossas convicções e crenças - ou descrenças - mais profundas, e nos remete de alguma forma à questão básica existencial que nos angustia e acompanha neste voo no tempo que somos desde que nascemos (Menotti del Picchia), efêmeros e precários, poeira das estrelas, na imagem do físico e astrônomo brasileiro Marcelo Gleiser.”

Acentuou que cabe ao Judiciário controlar constitucionalmente leis criadas pelo Legislativo, frisando que a vontade do legislador concorre com a forma e o conteúdo da Constituição e que a lei não pertence ao legislador, mas a seus destinatários. Nessa lógica, percebeu que qualquer interpretação que possa vir a realizar essa leitura da Constituição é, a priori, válida.

Ressaltou que os parlamentos modernos, diferentemente da idealização da época do liberalismo iluminista de que o Legislador poderia regular de forma racional toda a sociedade, funcionam “com base na construção de acordos, participação e preservação de maiorias e minorias,

lideranças partidárias, liderança de governo e de oposição, lobby, institucionalizado ou não.” As discussões e os desacordos são, por assim dizer, inevitáveis, sendo difícil chegar a um acordo. Na sua percepção, muitas leis são criadas para transmitir a responsabilidade de concretização de um conteúdo estável ao Judiciário.

Percebeu, dessa maneira, que do ponto de vista epistemológico, da análise histórica, da hermenêutica jurídica, tudo leva a reconhecer a autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la. Posicionou-se, pois, em seu Voto, pela procedência da ação de descumprimento de preceito fundamental, para fins de dar interpretação conforme aos artigos 124 e 126 do Código Penal, excluindo, por incompatível com a Lei Maior, a interpretação que enquadra a interrupção da gravidez, ou antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, como crime de aborto.

A tese acima colocada foi encampada pela maioria dos ministros da Corte, mas alguns, enfaticamente, colocaram que a situação-problema deveria ser normatizada, exclusivamente pelo Congresso Nacional, haja vista a impropriedade da atuação do STF como “legislador positivo”.

O Ministro César Peluso, por exemplo, foi enfático na defesa do papel de legislador negativo do STF, por entender que cabe aos setores organizados da sociedade demandar do legislativo a atualização normativa de questões cruciais para a vida nacional, como a antecipação do parto de feto anecéfalo.

O Ministro Ricardo Lewandowski insistiu que se o Congresso Nacional figura como o órgão constitucional que interpreta a última vontade soberana do povo é ele que teria a competência de alterar a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico entre as hipóteses de interrupção de gravidez isentas de punição. Acentuou, pois, nessa perspectiva, que o Poder Judiciário tem que se autolimitar (*self-restraint*), haja vista que é do Legislativo a função de representação popular.

O Ministro Gilmar Mendes, mesmo sendo favorável à tese encampada pelo Relator, salientou a importância da participação popular em matéria tão polêmica enfrentada pela sociedade moderna, capaz de mobilizar e dividir a comunidade que, em última análise, é representada pelo Parlamento.

O Ministro Celso de Mello também ressaltou o alto significado da decisão a ser tomada pela Suprema Corte do Brasil. Apesar de se filiar ao posicionamento do Relator do feito, invocou ensinamentos outrora proferidos pelo Ministro Luiz Gallotti para mostrar sua preocupação com o



“juízo da nação”. Noutros termos, reporta-se à ideia de que teria que ser a sociedade a responsável direta por decisões dessa natureza.

O Ministro Luiz Fux, mesmo destacando que o Tribunal tem que adotar uma postura minimalista quando lida com questão constitucional de alta complexidade, terminou aderindo à tese do Relator no sentido de que a interrupção da gestação em caso de gravidez de feto anencéfalo não caracteriza ação *contra legem*.

A Ministra Carmem Lúcia, ao colocar que o STF não está “decidindo nem permitindo o aborto”, pois essa é uma questão posta à sociedade, na verdade, entra em contradição, pois a decisão final do STF foi no sentido de permitir a livre escolha pela gestante de interromper a gravidez do feto anencéfalo. Mesmo se considerarmos que houve a participação de setores organizados da sociedade (audiência pública e *amicus curiae*), não podemos dizer que a escolha adotada tem natureza democrática.

Enfim, o que se tem é que muitas das discussões travadas no decorrer desse julgamento histórico vem corroborar a finalidade de presente artigo, que é, justamente, pensar sobre possibilidades de guarda compartilhada da Carta Magna, já que estamos inseridos num contexto de Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, de democracia deliberativa.

### **3.2. A POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE REVISÃO LEGISLATIVA DE DECISÕES DA SUPREMA CORTE NO CANADÁ**

Em termos de direito comparado, sabe-se que no Canadá há revisão Legislativa das Decisões Judiciais da Suprema Corte. O objetivo é imprimir um caráter mais democrático ao controle judicial da constitucionalidade, o que termina por impor limites à tão incômoda expansão do Poder Judiciário sobre o Sistema Político.

Esse é um modelo interessante para a solução do problema da supremacia da interpretação judicial da constitucionalidade. A previsão contida na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades, abaixo transcrita<sup>7</sup>, chamada “cláusula de derrogação”<sup>8</sup>, leva a que o Poder Legislativo possa compartilhar a jurisdição constitucional com o Poder Judiciário, situação que oportuniza o estabelecimento de um processo dialógico entre estes Poderes.

---

<sup>7</sup> No original: “Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the act or a provision there of shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of this charter.”

<sup>8</sup> "la clause dérogatoire"; "override clauses"; "exception clause"; "overcoming"; "in spite of" ; "override power" or "notwithstanding clause".

“O Parlamento ou o legislativo de uma província pode expressamente declarar em uma lei do parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que uma lei ou uma sua disposição deve vigorar não obstante uma disposição incluída na Seção 2 ou nas seções 7 a 15 desta Carta.”

A Seção 33 teve a função de conciliar um modelo de soberania parlamentar com o modelo norte-americano de jurisdição constitucional. O fato é que no Canadá, o Parlamento tem um poder especial em relação ao Judiciário. Ao utilizar-se da cláusula “*notwithstanding*” pode aprovar uma lei declarando expressamente que é válida “não obstante” os direitos da Carta.

A partir de um mecanismo chamado *overriding*, o Parlamento pode reeditar texto legislativo que limita direitos garantidos nas seções 2 e de 7 a 15 que já tenham sido reprovados pela Corte Constitucional. A limitação temporal de 5 anos impõe que o legislativo, caso tenha ainda a pretensão de que a lei subsista, empreenda sua aprovação.

Nesse tipo de modelo de controle de constitucionalidade, o Poder Legislativo democrático pode agir de forma preventiva ou repressiva<sup>9</sup>. O prazo de até 5 (cinco) anos para atuar corresponde ao período de uma legislatura. Desejando alterar o posicionamento legislativo, o povo poderá, democraticamente, eleger novos representantes políticos comprometidos com as mudanças almejadas.

Valoriza-se, sobremaneira, a democracia deliberativa com a abertura para a participação popular na interpretação constitucional. Mecanismos de democracia direta como o plebiscito e o referendo são fortalecidos.

A regra canadense, sem dúvida, configura um novo perfil de controle de constitucionalidade que pode ser compartilhado entre dois poderes políticos, além de viabilizar a participação do povo, enquanto definidor da última vontade do Estado. Nesse cenário, a “última palavra”, no modelo da Constituição do Canadá, não é do Judiciário, tampouco do Legislativo, mas do povo que tem o poder de confirmar ou rejeitar a cláusula legislativa objeto de discussão. Evidencia-se, pois, a democracia deliberativa que é para Dryzek baseada em uma suposição de que os indivíduos têm capacidade de refletir sobre suas próprias preferências.

---

<sup>9</sup> The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. HOGG, Petter W. BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between Courts and Legislatures. (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Disponível em: <[http://www.ohlj.ca/archive/articles/35\\_1\\_hogg\\_bushell.pdf](http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf)> Acesso em: 16.07.2016.

Esse modelo também corrobora a confiança de Jeremy Waldron da capacidade do povo de fazer julgamentos acerca de questões políticas. Segundo este autor, o povo tem capacidade de se governar a partir de seu próprio julgamento e de participar em todos os aspectos do governo democrático de sua comunidade, um direito que está profundamente conectado aos valores da autonomia e da responsabilidade que são celebrados em nosso compromisso com outras liberdades básicas (1999 a, p. 213). Em “*law and disagreement*”, Waldron sustenta a importância da participação popular para a caracterização da democracia e deixa aberta a discussão sobre os temas que são objeto de desacordo.

Não se pode perder de vista que a prática dialógica deve ser reforçada nesse modelo de “*weak judicial review*”, que busca evitar que decisões de um grupo de pretensos iluminados intelectuais atinjam, de forma irremediável, uma sociedade. A ideia de isolamento é rechaçada e a de interação reforçada, justamente visando conferir importância à democracia deliberativa.

Voltando para o Brasil e pensando em termos de prática dialógica institucional entre o STF e o Parlamento, tem-se que essa seria uma outra grande dificuldade para a implantação de um modelo semelhante ao canadense.

Pensando, por exemplo, na evolução jurisprudencial dos julgamentos dos mandados de injunção, o que se percebe, ao analisarmos os posicionamentos iniciais mais contidos do STF, pós promulgação da CF/88, e os posicionamentos adotados em casos posteriores, é que o diálogo entre as instituições mencionadas no parágrafo retro mostrou-se infrutífero, ou seja, o receptor da mensagem adotou sempre uma postura inerte em relação aos apelos do Judiciário para que suprisse omissões legislativas que impediam o exercício de direitos subjetivos.

#### **4. CONCLUSÃO**

A partir dos estudos aqui delineados, de natureza teórica e prática, pode-se perceber que o ativismo judicial é uma realidade que perpassa a atividade judicial em todo o mundo. Enseja, entretanto, calorosas discussões sobre qual é o papel das Cortes Supremas e quais os limites para o exercício das competências constitucionalmente traçadas.

No Brasil houve uma tentativa fracassada, por meio da PEC 33/2011, de redução e limitação das competências do Supremo Tribunal Federal. Mas esse fracasso não põe termo à necessidade de repensarmos, criticamente, o papel da Corte, bem assim, de observarmos, em termos de direito

comparado, quais as alternativas postas por outros sistemas jurídicos, para que a “última palavra” a ser dada em temas de alta relevância moral e política não caiba exclusivamente às cortes supremas.

No caso do Canadá, como visto, há previsão constitucional para que a guarda da Constituição seja feita de forma compartilhada, ou seja, não cabe à Suprema Corte desse País dizer a “última palavra” sobre questões relevantes apontadas pela própria Carta de Direitos (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*). Pode o Parlamento reeditar textos legislativos limitadores de direitos garantidos (seções 2 e de 7 a 15), que foram reprovados quando passaram pelo crivo do controle de constitucionalidade, desde que o faça no prazo de 5 (cinco) anos.

Essa é uma alternativa bem plausível num contexto de democracia deliberativa, no qual é o povo, em última instância, quem deve decidir acerca de temas políticos e morais de grande relevo para a Nação e que são objeto de desacordos. O modelo canadense reconhece a capacidade do povo de fazer julgamentos acerca de questões proeminentes para a definição da identidade social, moral, cultural e política de um povo.

No modelo do “*weak judicial review*” a prática dialógica institucional deve ser reforçada e a participação democrática da sociedade constantemente estimulada. Parte-se, pois, do pressuposto de que num Estado Democrático de Direito cabe aos cidadãos refletirem sobre suas preferências e a demonstrarem explicitamente quando são chamados a se pronunciarem. Não é desejável o isolamento institucional, a medida em que o Legislativo e o Judiciário têm que atuar cooperativamente para que um modelo de democracia deliberativa, de fato, funcione. A análise, mesmo não tão aprofundada, desse novo modelo permite-nos perceber que, na atual conjuntura, não podemos ser como os canadenses.

Ao lançarmos um olhar mais crítico sobre a história constitucional recente, vemos, claramente, que é a mora do Parlamento na produção de leis requeridas pela sociedade e a atitude inoperante em relação ao diálogo institucional com o Judiciário que impulsionam o STF a substituir-se ao legislador, adotando com frequência questionável a postura de legislador positivo. Há que se atentar, porém, para o fato de que embora atitudes dessa natureza busquem a concretização da Constituição Federal diante das lacunas legislativas, terminam indo de encontro com o princípio da legitimação democrática, tão valorizado no exemplo do Canadá.

Em realidade, no Brasil, não temos um programa de democracia forte e, por isso, o próprio conceito de “Estado Democrático de Direito” pode ser posto em xeque, na medida em que a atuação popular por meio de instrumentos de participação direta é muito tímida, o que pode ser facilmente

comprovado a partir do resgate da quantidade de plebiscitos e referendos feitos até agora, bem assim da sanção de leis que surgiram a partir de iniciativas populares. Demais disso, não se pode olvidar que minorias mais organizadas podem influenciar sobremaneira nas decisões que podem ser tomadas por maiorias apáticas que desconhecem os temas em relação aos quais são chamadas a se pronunciar.

O que se tem que ter em mente é que não há um grau de hierarquia para o direito de defesa das maiorias ou minorias. Noutras palavras, o direito das maiorias não deve prevalecer sobre o direito das minorias ou vice e versa. Temos que pensar que minorias também fazem parte da democracia e têm que ter sua voz e lutar pelos seus direitos, mas a voz da maioria tem que ser escutada, de modo a mostrar os posicionamentos que prevalecem no seio de uma Nação.

A situação ideal seria que os órgãos constitucionalmente criados para a defesa dessas maiorias e minorias exercessem os seus papéis a contento, dentro dos limites de suas competências, o que, realisticamente falando, não se verifica no Brasil. São as inversões de papéis e as intromissões indevidas que tornam o diálogo institucional cada vez mais difícil e nos afasta de ao menos pensarmos na possibilidade de introdução no Brasil de um modelo mais democrático e moderno de revisão constitucional, no qual a responsabilidade pelas decisões possa ser compartilhada, tal como no Canadá.

Mas o que temos que continuar pensando insistentemente é sobre o fato de, numa democracia deliberativa, serem os juízes, escolhidos de forma não democrática, os escolhidos para terem a prerrogativa de dar a “última palavra” em decisões que chegam inclusive a determinar políticas públicas traçadas por órgãos qualificados do Poder Executivo. A discussão sobre alternativas a essa “última palavra”, não deve findar....

Destarte, mesmo considerando a possibilidade que o cidadão comum pense, num primeiro momento, somente em termos de satisfação de interesses pessoais, em temas sociais polêmicos a situação ideal seria que a decisão fosse adotada no seio da sociedade, como enfatizaram vários Ministros do STF no emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF, que teve por objeto o reconhecimento da licitude de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, mesmo os Ministros que votaram com o Relator para fins de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

## 5. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ACKERMAN, Bruce. Transformação do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Nós, o povo soberano – Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582.

\_\_\_\_\_. On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism. New York: Springer, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade – O diálogo institucional canadense e a Constituição Brasileira de 1937. Direito público, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARTA CANADIANA DOS DIREITOS Y LIBERDADES: Considerando que o Canadá está fundado sobre princípios que reconhecem a supremacia de Deus e a primazia do direito. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt\\_can\\_const.html](http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt_can_const.html)>.

COVER, Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3691&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3691&context=fss_papers)>.

DAHL, Robert. Tomada de Decisão na Democracia: A Suprema Corte como Instituição Nacional de Tomada de Decisão Política. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954>>.

DRYZEK, John S. e PATRICK Dunleavy. Theories of the State: The Politics of Liberal Democracy. London: Macmillan Press, 1987.

\_\_\_\_\_. Theories of the Democratic State. London: Palgrave Macmillan, 2009.

DEBELJA, Julie. Rights Protection without judicial supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills Of Rights. *Melbourne University Law Review*. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2002/17.html#fn46>> Acesso em: 18.07.2016.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Vol. 1. Reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984.

\_\_\_\_\_. *The theory of communicative action*. Vol. 2. Lifeworld and system: A critique of functionalist reason. Boston: Beacon Press, 1987a.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. V. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003<sup>a</sup>.

HOGG, Petter W. BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures. (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Disponível em: [http://www.ohlj.ca/archive/articles/35\\_1\\_hogg\\_bushell.pdf](http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf)> Acesso em: 18.07.2016.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo. *Fordham Law Review*. Disponível em <<http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf>> Acesso em: 15.06.2016.

\_\_\_\_\_. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MARTINS, Robert Ivan. *The most dangerous branch. How the Supreme Court of Canada has undermine our Law and our Democracy*. Montreal: McGill, 2003.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In: *Novos Estudos*, Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, CEBRAP, nº 58, nov. 2000. p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 41, n. 162, abr./jun. 2004.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial. Judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation. Federal Courts and the law*. New Jersey: Princenton, 1997.

SHAPIRO, Martin. *The United States*. In: VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark V. *Take the constitution away from the Court*. Princenton: Princenton University Press, 2000.

TOQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América. Livro 1 – Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University Press, 1995.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999a.

\_\_\_\_\_. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 2004.

ZURN, Christopher F. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press, 2007.