XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL I

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito Constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-578-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Na tarde do dia 14 de outubro de 2022, reuniram-se na cidade de Santiago do Chile, os participantes do Grupo de Trabalho Direito Constitucional I, para o segundo dia de apresentação de trabalhos no XI Encontro Internacional do Conpedi, objetivando a apresentação dos produtos de suas pesquisas.

O evento trouxe o nome Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina e foi o primeiro evento presencial no pós-pandemia, decorrendo alegria e apreensão.

O GT foi coordenado pelos professores Paulo Roberto Barbosa Ramos, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Maranhão (MA) e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna (MG).

Vários temas foram abordados, perpassando as seguintes temáticas: legitimação democrática, jurisdição constitucional; o princípio da liberdade religiosa e o Estado laico; tolerância no ambiente de trabalho; processo estrutural; direitos fundamentais dos apenados; teoria da cegueira deliberada; cidadania; educação de pessoas com deficiência; efetividade e limites do direito fundamental à liberdade de expressão; o direito fundamental à privacidade; medidas socioeducativas e direitos fundamentais; inconstitucionalidade de regras prescricionais; constitucionalismo e Estado de direito na era da internet; forças armadas na atualidade; direito social à moradia no pós-pandemia; controle jurisdicional sobre o mérito de atos administrativos; a constitucionalidade do uso de máscaras durante a pandemia da Covid-19.

Enfim, a presente coletânea apresenta resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito do Brasil, em níveis de Mestrado e Doutorado, sendo esses artigos rigorosamente selecionados, por intermédio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review.

LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

DEMOCRATIC LEGITIMATION AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Diogo Diniz Lima
Paulo Roberto Barbosa Ramos

Resumo

O presente artigo aborda a aparente tensão, cada vez mais evidente, entre a democracia e a jurisdição constitucional. Evidenciam-se os elementos originários e centrais de cada um desses conceitos dentro de uma generalidade teórica que permite a compreensão do estágio de crise de legitimidade. Demonstra-se a existência atual de uma abordagem cada vez mais fluida acerca da teoria da separação de poderes e, com ela, a dificuldade cada vez maior de compreensão do sistema. Nesse cenário, não raro ocorrem atuações institucionais potencialmente conflituosas e, consequentemente, tem-se um aumento da desconfiança do povo em relação à atuação das instituições constituídas e, pior, quanto à própria Constituição. Por último, passa-se à análise da especificidade do problema, retomando reflexões acerca de originalismo, ativismo judicial e pontuando esse debate com a teoria dos limites e legitimidade da decisão proposta por John Hart Ely, em cuja teoria é possível encontrar três incursões da jurisdição constitucional na esfera dos assuntos políticos que, no entanto, estariam democraticamente legitimadas e dentro de uma transversalidade aceitável no exercício do poder do Estado.

Palavras-chave: Legitimação, Democracia, Jurisdição constitucional, Constituição, Estado

Abstract/Resumen/Résumé

This article addresses the apparent tension, increasingly evident, between democracy and constitutional jurisdiction. The original and central elements of each of these concepts are highlighted within a theoretical generality that allows the understanding of the legitimacy crisis stage. It demonstrates the current existence of an increasingly fluid approach to the theory of separation of powers and, with it, the increasing difficulty of understanding the system. In this scenario, potentially conflicting institutional actions often occur and, consequently, there is an increase in the distrust of the people in relation to the actions of the constituted institutions and, worse, regarding the Constitution itself. Finally, we move on to the analysis of the specificity of the problem, resuming reflections on originalism, judicial activism and punctuating this debate with the theory of limits and legitimacy of the judicial decision proposed by John Hart Ely, in whose theory it is possible to find three incursions of jurisdiction in the sphere of political affairs which, however, would be democratically legitimized and within an acceptable transversality in the exercise of State power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legitimation, Democracy, Constitution, Constitutional jurisdiction, Separation of powers

INTRODUÇÃO

O discurso em torno da jurisdição constitucional tem incidido fortemente na questão democrática. O avanço do Poder Judiciário para uma posição de discussão de questões fundamentais travadas na sociedade, não apenas em um modo clássico de aplicação do Direito, mas com o desenvolvimento de um processo político de clara aproximação legislativa, tem provocado fortes embates na doutrina jurídica, com repercussões em camadas cada vez mais amplas da sociedade civil.

Democracia não é e não pode mais ser concebida como um retorno aos moldes observáveis na civilização grega. A *ágora* moderna é tão ampla e fluida que os processos decisórios não mais podem ser diretos. Mesmo a democracia representativa tem merecido reparos. Não necessariamente reparos que a aproximem da versão original, mas de constante resguardo das condições necessárias à existência digna dos indivíduos.

Em um mundo marcado pelo acelerado processo de globalização, com formação de estruturas diferenciadas dos marcos fixados desde muito para a Teoria do Estado, é de se estranhar que o discurso corrente tente alinhar novas perspectivas a conceitos cristalizados. Nem a democracia é a mesma, tampouco a separação de poderes o é. Contudo, limites claros devem ser traçados.

Fenômenos como judicialização da política, ativismo judicial, entre outros são cenários, que se desenvolvem temporalmente na estrutura do Estado. Em sua época, com o liberalismo veio a defesa do legislativismo, também de caráter fenomenológico. Da mesma forma, com outras concepções políticas surgem distintos modelos teóricos de pretensa aplicação prática.

A questão central que subsiste, de caráter permanente, é, pois, a manutenção da legitimidade do sistema. A subsistência harmônica dos poderes do Estado após as transformações estruturais típicas da atualidade. Sistemas possuem “regras do jogo”, que são leve ou profundamente alteradas, mas devem seguir aceitas. O sistema permanece enquanto tal até que os seus elementos constituintes não se insurjam contra o modo operacional. A aferição de legitimidade é uma constante e é ela, juntamente com o desenho institucional constitucionalmente projetado, que deve servir de parâmetro de análise.

Temas específicos, como jurisdição dos direitos fundamentais, cuja estrutura normativa exige um trabalho de concretização profundo por parte do Poder Judiciário, tornam

de difícil aplicação as teorias procedimentais. De outro lado, os abusos prodigamente observados, inclusive nas mais altas Cortes judiciais, podem subverter as regras do jogo e explicam – mas não justificam certos níveis de ataque que se focam na implosão do sistema institucional – a intensificação do discurso das correntes contrárias ao atual formato da jurisdição constitucional.

Democracia, legitimidade e jurisdição de direitos fundamentais serão conceitos abordados desde uma óptica que analisa o tema sob a perspectiva institucional.

DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE

A Democracia segue sendo o império do povo sobre as decisões políticas fundamentais. Esse é seu núcleo e ele permanece inalterado. Sobre este postulado, foi erigido o constitucionalismo surgido no século XVIII, e é sobre esse postulado que se constroem suas atualizações, que alguns vão denominar de "neoconstitucionalismo".

José María Porras Ramírez (1995, p. 25) afirma ser a democracia a decisão política e jurídica fundamental do constituinte, aponta também sua vinculação com o conceito de soberania. Fonte primária do poder e requisito necessário à própria denominação de uma organização política como Estado.

A soberania exercida pelo príncipe no modelo absolutista transferiu-se para o povo no modelo democrático. No modelo constitucional, a democracia é plasmada na Constituição, documento fundamental, que somente pode ser compreendido enquanto tal quando restarem atendidas as bases do constitucionalismo, entre elas, a legitimação democrática, que engloba a participação da vontade popular na confecção do documento, bem como sua aceitação final do conteúdo posto. Para Porras Ramírez (1995, p. 29):

> Así pues, se viene a demostrar cómo la democracia, al constitucionalizarse, configurándose como poder constituído, aun a través de técnicas preferencialmente representativas, no agota su eficácia em el acto constituyente, ya que, **como principio nuclear Del ordenamiento, informa la estructura e organización de los poderes, inspira el sistema de fuentes y se concreta materialmente em las normas constitucionales** (grifos nossos)

A democracia institucionalizada não significa, como bem demonstrou o autor, um afastamento do princípio democrático. Ao contrário, representa sua aproximação de todos os campos da política (como não poderia deixar de ser), mas também do Direito.

A legitimação, por sua vez, segue sendo vetor de aferição constante. A cada decisão tomada, pode-se apontar duas dimensões. A primeira (e imediata) é pressuposta e formal. A decisão foi tomada atendendo-se a uma estrutura legitimamente (constitucionalmente) estruturada, habilitada para tanto. A segunda, de natureza material, verifica a compatibilidade da decisão dos poderes constituídos com as decisões fundamentais do povo. Participação, representação e manutenção da postura de aceitação por parte do povo destinatário de tais decisões indicam a legitimidade do ato, bem como a intensidade em que se verificam tais grandezas podem indicar o nível democrático verificado em dado Estado. Nesta linha, Friedrich Muller (2010, p. 50), ao propugnar o povo enquanto instância global de legitimação (ampliação do conceito de "povo ativo").

Deste modo, a manifestação da democracia não ocorre apenas por ato do Poder Legislativo, ainda que se dê preferencialmente por meio dele. Procedimentos inseridos na estrutura dos outros poderes constituídos, também são diretamente influenciados por tal princípio, não podendo dele escapar. No Brasil, pode-se citar inclusive elementos constitucionais de diálogo institucional entre Poder Executivo e Legislativo, como são os casos da apreciação do veto presidencial, Conselho da República, Conselho de Defesa (estes dois últimos enquanto instituições constituídas transversalmente, para aconselhamento e deliberação junto ao chefe de Estado).

Poder Judiciário e Poder Legislativo também se conectam, por exemplo, ao tratar-se do impedimento do presidente, em que o Senado Federal converte-se em Tribunal Político, sendo a sessão que decisiva presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 86 da Constituição Federal).

A separação de poderes, outro aspecto relevante integrante do conceito de democracia, permanece conservada em seu núcleo. Os centros de decisões políticas, de natureza distinta: a função criativa do legislador; a função administrativa do Executivo e a função aplicadora do Judiciário permanecem separadas. No entanto, a complexidade da maioria dos modelos institucionais constitucionalmente projetados atualmente, somente permite preservar separados aspectos centrais de cada Poder. Diversas especificidades de cada função necessariamente se conectam. Tal cenário não significa negar a separação de poderes, ao contrário, ressalta um de seus principais escopos: o controle do poder, o sistema de *checks and balances.*

É ainda relevante frisar, no âmbito do Poder Judiciário, e aproximando ainda mais da temática específica aqui tratada, que os procedimentos em controle de constitucionalidade sofreram grande transformação, evoluindo em padrões democráticos, proporcionalmente à intensificação de seu emprego e profundidade. As audiências públicas, a figura do *amicus curiae* e até mesmo a transmissão televisiva aproxima um Poder que se propõe eminentemente técnico do povo e do controle popular.

É significativo citar que a primeira audiência pública tenha ocorrido em 2005, para debater os aspectos controvertidos em torno da Lei de Biossegurança, a qual versava basicamente sobre o direito à vida. A repercussão do julgamento, bem como a participação de diversos setores representativos da seara política, científica e da sociedade civil organizada sobrelevam a impregnação democrática presente no processo. Outros casos foram igualmente relevantes, como a constitucionalidade das cotas raciais para acesso às universidades públicas do país.

No entanto, o Poder Judiciário permanece como o mais fechado ao controle popular. Se de um lado tal fechamento é necessário ao exercício de sua força contra-majoritária para garantir a implementação do pacto constitucional em especial em matéria de direitos fundamentais, de outro é relevante problematizar sobre os limites dessa teoria.

Repousando vistas sobre outro ponto, a democracia não se confunde, pois, com legislativismo. Eventuais abusos por parte de um poder, em um modelo constitucional bem construído como são contidos pela própria dinâmica institucional, cabendo-se então procurar as vias necessárias à estruturação de um sistema que permita a estabilização do exercício dos poderes estatais.

Não se está a negar a função protagonista do Poder Legislativo, mas a sobrelevar a função jurisdicional, especialmente na aferição da legislação ordinária em matéria de tutela de direitos, notadamente direitos fundamentais, normas extraídas diretamente da constituição. Cuida-se de sobrepesar a força legislativa inovadora com a defesa conservativa da jurisdição constitucional em relação ao pacto fundamental que é a Constituição.

Como dito acima, a função de resguardo de direitos fundamentais e a característica contra-majoritária típica da jurisdição formam o caldo de cultura necessário à expansão massiva desse Poder em relação ao que foi a atuação do Poder Judiciário nos séculos anteriores.

O redimensionamento do Poder Judiciário é um fator histórico. Nestes primeiros anos da segunda década do século XXI, o descrédito da classe política perante a sociedade, somada ao progressivo relevo da tutela de direitos frente ao Estado intensificado após a 1ª e 2ª guerras mundiais puseram em destaque a atuação do Poder Judiciário.

Como redesenhar o sistema constitucional (por conseguinte democrático) ante tal expansão de um de seus poderes (especificamente sendo tratada nesse trabalho o caso judicial)?

Teorias institucionalistas e procedimentais, como a de J. Hart Ely (2010), apontam para posturas institucionais relevantes, mesmo que não respondam a todas as demandas, como a jurisdição de direitos fundamentais – em que muitas vezes uma postura criativa é necessária para a própria efetivação do Direito Constitucional, especialmente em um sistema como o brasileiro em que três décadas não foram suficientes à regulamentação de diversas partes da Constituição de 1988. Assim, é fundamental reanalisar partes específicas do sistema constitucional brasileiro, promovendo-se redistribuição de competências, novos freios e contrapesos, criando novos mecanismos de controle sobre os poderes e aumentando a capacidade dinâmica do sistema em relação à ressonância com os anseios populares que mantém a legitimidade sistêmica.

Não é possível ao Poder Legislativo criar um catálogo exaustivo de regulamentação de direitos. Este é um postulado que explica a própria necessidade de existência do Direito e do Poder Judiciário. E, por sua vez, a aplicação de direitos fundamentais, com normas de textura extremamente aberta exige a adoção de uma teoria material de Justiça, complementar à teoria procedimental.

A proibição do *non liquet*, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), a norma de abertura do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF/88), a função de guardião da Constituição atribuída ao STF pela própria norma fundamental (art. 102, *caput*) fazem com que o papel do Judiciário, especialmente nesta matéria, tenha também um papel criativo, não no sentido legislativo, mas no sentido de concretizar as normas constitucionais.

Com estas considerações iniciais, de ordem conceitual, passa-se à análise de pontos mais específicos, da jurisdição constitucional sob a perspectiva dos juízes constitucionais.

Jurisdição Constitucional dos Direitos Fundamentais: análise do tema sob a perspectiva dos juízes constitucionais

Diversas são as abordagens e perspectivas pelas quais se analisa a jurisdição constitucional. Tema de profunda importância, ante sua necessidade operacional em face do sistema jurídico, tem sido objeto de profundas discussões envolvendo a relação entre o trabalho desenvolvido pelos juízes constitucionais em seu labor jurisdicional e seu papel junto ao Estado, tangenciando valores como república e democracia.

Para a presente abordagem, usar-se-á como linha central importante trabalho publicado por Gustavo Zagrebelsky, intitulado "Jueces Constitucionales" (2006), na qual o autor italiano debate a função jurisdicional, desde a perspectiva originalista até a concepção de diálogo entre Cortes Constitucionais. Complementando o prisma aqui utilizado, abordar-se-á os direitos fundamentais como pano de fundo da problemática central, pois esses podem estes figurar como uma baliza elementar nas jurisdições constitucionais.

Fazendo-se um corte epistemológico necessário ao enfrentamento do tema, inicia-se a abordagem a partir do originalismo. Há algum tempo, notadamente nos Estados Unidos, é debatida a premissa originalista, a qual pode ser dissecada em duas linhas centrais de pensamento: o textualismo e o intencionalismo.

O textualismo consiste na busca pelo significado do texto, no momento de sua confecção. Uma operação de interpretação vernacular, a ser desenvolvido pelo jurista em ligação com o resultado do labor legistativo, o que, segundo o jurista italiano, reduziria o Direito Constitucional a mera "filologia histórica dos textos constitucionais".

Por sua vez, o intencionalismo implica em uma busca ao encontro da vontade da qual emanou a norma.

Tal concepção abrange um debate de fundo, acerca da função política que exercem as Cortes Constitucionais. Neste embate, circunscreve-se também discricionariedade das decisões, politização e separação dos poderes.

O originalismo propõe balizas cerradas à operação das normas constitucionais, reduzindo a margem interpretativa do juiz. Em verdade, conduz (forçada, mecânica e frustradamente) o intérprete judicial à função de tradutor, de reprodutor de uma vontade cristalizada no tempo.

Uma crítica possível e imediata ao originalismo diz respeito justamente ao papel exercido pela jurisdição constitucional ao defrontar-se com o tema dos direitos fundamentais. Questiona-se, com legitimidade e pertinência, qual a possibilidade de operacionalização da proposta originalista ante a estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais.

As normas de direitos fundamentais em sua estrutura principiológica representam a construção de um arcabouço normativo que constrói a nível constitucional um catálogo (aberto) de direitos, resguardados por seus conteúdos essenciais, mas estendidos para a posteridade, cabendo à jurisdição constitucional o labor de modernização jurídica da vontade constitucional.

Exigir do juiz constitucional o exercício de uma atividade hermenêutica que busque a compreensão textual ou mesmo a intenção do constituinte decorrente de um acordo político fundamental distante no tempo para matérias que constitucionalmente foram deixadas em texturas abertas parece pouco razoável, podendo denotar um discurso político que, longe de pugnar pelo equilíbrio entre os Poderes, diminua o Judiciário a um papel aquém do projeto constitucional.

Na linha deste debate, Gustavo Zagrebelsky aporta considerações importantes. A primeira delas diz respeito ao fato de que é impossível proteger a Constituição dos juízes e dos juristas (2006, p. 1143). Em um Estado Constitucional, este não deve ser o objetivo.

O discurso que se trava em torno da harmonia entre os Poderes é válido, especialmente para evitar que o excesso de poder que eventualmente se concentra em área determinada.

Inadequado é fixar qualquer incursão hermenêutica no campo constitucional como ilegítima, pugnando-se pela necessidade de reformas constitucionais para a criação de novos freios. Transformar a Carta Magna em um mosaico fluido, que é legislativamente transformado a cada girar de órbita de vontade políticas transitórias é perigoso, por consistir em um verdadeiro rebaixamento da Constituição ao nível das leis ordinárias.

Nesta linha, ensina Zagrebelsky (2006, p. 1145), que a jurisprudência constitucional é o caminho natural à “Lei da boa vivência constitucional”. Para o doutrinador, a jurisdição constitucional e a reforma constitucional exercem papéis concorrentes. É dizer, a jurisdição constitucional desenvolve um papel de depuração do ordenamento jurídico, bem como de concretização, por meio de suas decisões, das normas de caráter aberto. As reformas

constitucionais, por sua vez, revisam, renovam o texto constitucional, a partir do uso de consensos políticos firmados no exercício do poder constituinte derivado.

Tem-se assim um modelo de funcionamento complementar em que a jurisdição constitucional funciona como um *output* do sistema, enquanto as reformas constitucionais promovem os *inputs* (NEVES, 2011, p. 91).

A jurisdição constitucional como função máxima de um dos Poderes em que está dividida a República, não deixa de ser uma atividade política. Maquiar tal realidade, em discursos que partam tanto do Judiciário, escondendo sua atuação política e reduzindo as amarras de legitimidade de seu discurso, quanto de outros Poderes, com o intuito de afugentar os juízes constitucionais, revela-se danoso.

O cerne da questão parece estar em determinar quais incursões judiciais são legítimas e quais ultrapassam os limites institucionais. Exasperar o exercício do caráter contra-majoritário da jurisdição constitucional faz surgir o pernicioso receio de ruptura institucional. A mesma crítica pode ser feita ao aviltamento do exercício atípico por outros poderes, como o excesso de medidas provisórias e decretos sem natureza de norma secundária pelo Poder Executivo ou o exercício arbitrário da atribuição das presidências das casas legislativas para promover um tipo de oposição que não reflete a distribuição de forças eleitas no Poder Legislativo.

Na linha do debate aqui travado, François Rigaux (2000, p. 323)corrobora a tese aqui defendida, assentando que:

> **Quanto mais se eleva na hierarquia judiciária, mais o juiz se aproxima de uma função quase legislativa**. O método de ponderação categórica dos interesses é uma ilustração pertinente disso. Quando o juiz constitucional ou o juiz internacional assume a tarefa de deduzir das penumbras constitucionais um direito, uma liberdade que não é mencionada ali em termos explícitos ou então quando deve dirimir um conflito entre duas normas de categoria igual, ele supre o silêncio do legislador. **Alguns dirão que preenche uma lacuna do aparelho normativo, expressão enganosa pois, o mais das vezes, é o próprio juiz que cria a pretensa lacuna, identificando uma necessidade nova, ao mesmo tempo que se esforça para satisfazê-la** [...] (*grifos nossos)*

O supramencionado autor evidencia em seus escritos a função adaptativa da jurisdição, aquela que busca compreender o arcabouço normativo a partir das necessidades presentes e de adaptá-lo às situações impensadas pelo legislador.

Trata-se de um processo natural, não de um processo apolítico. A produção legislativa e a jurisdição constitucional desempenham o papel complementar em uma

engrenagem institucional complexa, contudo, sob vias distintas. Ambas buscam operacionalização de um instrumento de pacificação social que é o Direito, também têm como fim a percepção das realidades, captura de fatos reais e sua conversão em fatos jurídicos. Distinguem-se pois a jurisdição utiliza da abstração e generalidade das normas jurídicas para aplicá-las já adaptadas por meio de normas individuais (sentenças) ou mesmo por meio de decisões *erga omnes*, as quais exigem maior trabalho hermenêutico. Já ao legislador cabe a modificação normativa, o constante processo de consenso político, de acordos entre grupos políticos e legitimação representativa. Ao legislador caberia, então, a função verdadeiramente inovadora e também revisora da ordem jurídica, ao perceber as modificações adaptativas produzidas a nível jurisprudencial e, alinhando-se ao projeto constitucional, clarear o caminho conjunto percorrido por legalidade e realidade.

Ainda a Constituição tomada em seu sentido jurídico, distinguindo-a de seu sentido político de consenso social, não pode ser sacralizada enquanto entidade imutável. Suas palavras devem fundir-se em seu sentido social. A Constituição não pode ser um plexo lexical, mas um sistema normativo aberto às concepções sociais. Não aberto a ponto de ser completamente alterável, mas, em mantendo níveis mínimos de proteção de um pacto político inicial, ter a capacidade de renovar-se inclusive juridicamente. Neste sentido, a jurisdição constitucional é um balsamo ao texto, pois, valendo-se de sua abertura principiológica, renova-o e impede a configuração de inaceitável anacronismo entre texto e realidade.

Sobre estes postulados estrutura-se a chamada Constituição Vivente, amparada sob a atuação de uma jurisdição que se chama criativa. Tal fenômeno, a exemplo do que vaticina Zagrebelsky (2006, p. 1147-1148), não se funda sobre parâmetros democráticos, que dizem respeito a um regime de Governo, ou seja, gira em torno de temas sobre os quais se vota. A jurisdição constitucional remonta à ideia de República, no sentido proposto por Cícero. Opera sobre matérias sobre as quais não se vota, pois já passaram por tal fase deliberativa, ocupando um espaço de necessária decisão, pautada no legítimo consenso e na utilidade comum (*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis comuine sociatu*s).

O fenômeno da jurisdição criativa quando harmonicamente empreendido implica em um correto serviço ao projeto constitucional. No entanto, ao desbordar para o fenômeno do ativismo judicial, exige-se maior cuidado.

Não sendo o ativismo objeto central do presente trabalho, basta aqui a busca por apontar limites à essa atividade jurisdicional. Até que ponto pode a jurisdição avançar sob a

abertura do arcabouço constitucional sem que, de fato, esteja contribuindo não à preservação da Constituição, mas para sua burla, a partir de um ataque à função precípua de outro poder? Veja-se o que diz a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, logo à quarta página de seu voto, no julgamento da ADI 3510-DF:

> [...] ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na sessão na qual teve início esse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apóia? No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma "firula legal"? Anotava Hamilton, em *O Federalista*, que a "*independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora o povo rapidamente se recupere após ser bem-informado e refletir melhor – tendem, entrementes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. ... é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão por parte dos juízes para cumprirem seus deveres como guardiões da Constituição se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade"* (HAMILTON, MADISON E JAY – *O Federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, p. 580). É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado.

A separação de poderes, por si, não é uma resposta hábil a esta pergunta. Os tempos presentes têm demonstrado a necessária rediscussão da temática da separação de poderes. O exercício das funções atípicas tem sido profundamente ampliado. O Poder Judiciário tem avançado consideravelmente no caminho desta ampliação. Um exemplo que pode ser dado é a tese da mutação constitucional aplicável em relação ao controle difuso de constitucionalidade no que toca ao papel do Supremo Tribunal Federal, relativamente à atuação complementar e posterior do Senado Federal.

Traçar o ponto fulcral que distingue a função jurisdicional da legislativa é um labor ingrato, que embasa há décadas o debate constitucional e a filosofia do direito. Desde as proposições que defendem o originalismo, passando pelo diálogo entre instituições até chegar

nos defensores do ativismo judicial, são diversos os argumentos de acentuado quilate que são empregados.

A atuação jurisdicional criativa encontra fundamento e limitação sob as mesmas situações fáticas: a abertura ou o silêncio constitucional. Encontrado tal fundamento autorizador, sempre convidativo quando o tema central são direitos fundamentais, o juiz constitucional avança ao encontro da norma para, reduzir seu campo vago, preenchendo seu conteúdo com o intuito de solucionar questões presentes. Fixando parâmetros que possibilitem a resolução de conflitos.

Já ao legislador cabe cristalizar, por via legislativa, projetos políticos e consensos atuais firmados e amparados por um projeto maior, contido na Constituição Federal. Sua atividade não necessita atuar na existência da abertura ou omissão da norma constitucional. É de seu próprio papel tanto complementar o sentido da norma constitucional (Lei Complementar), limitar os efeitos de norma constitucional de eficácia plena até a deliberação legislativa limitativa – a qual pode progressivamente ser alterada, adaptando-se às necessidades atuais (normas de eficácia contida) ou mesmo regulamentar a aplicabilidade de norma constitucional cuja eficácia depende desta atuação – assim, também cabendo ao legislador dar o tom a um "embrião normativo", dar sentido concreto a normas incorporadas ao ordenamento, mas com restrições a ampla produção de efeitos (caso das normas de eficácia limitada)[1].

Pontuada a incapacidade da solução do problema pelo originalismo, bem como salientado o risco do descontrole criativo, cabe analisarmos pontos permissivos e vedados da atuação da jurisdição constitucional, trazendo ao debate a teoria de John Hart Ely.

ENTRE JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA: uma proposta de intervenção legítima da jurisdição constitucional presente na obra de John Hart Ely

O debate objeto do presente trabalho é também o cerne da preocupação da obra de Hart Ely, especialmente quanto à repercussão política da jurisdição constitucional. Seguindo as reflexões de Alexander Bickel, o autor pontua a impossibilidade da atuação da jurisdição constitucional sem que se faça escolhas difíceis, entre valores (aparentemente) conflitantes, o

[1] Adotada aqui a clássica teoria da eficácia das normas constitucionais de José Afonso da Silva, ainda reconhecendo as polêmicas travadas em torno de tal classificação, bem como conhecendo teorias de elevado valor acadêmico esboçadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, Michel Temer, Maria Helena Diniz, Carlos Ayres Britto, entre outros. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

que implicaria em um inevitável posicionamento quanto a conceitos jurídicos, políticos e morais que afetarão a concepção de grupos sociais de interesse dentro da sociedade (HART ELY, 2010, p. 57).

Mas para que essa escolha inevitável não transforme a resolução do conflito em um novo embate político e social, minando a legitimidade do Poder Judiciário, é necessário traçar as linhas – preliminares – de intervenção jurisdicional no campo democrático, dando ênfase às searas da esfera social e democrática em cuja incursão a jurisdição constitucional seguirá exercendo seu verdadeiro papel.

Especialmente em se tratando de jurisdição dos direitos fundamentais, mormente quando se está a tutelar direitos de minorias, é grande a efervescência política ocasionada por tais decisões. Mais ainda quando as normas utilizadas para tais tutelas ou os valores evidenciados na decisão contrastam com a percepção majoritária – de plano manifestada pelos ocupantes dos demais poderes constituídos.

Esse conflito é histórico, relevante do ponto de vista da estabilidade do sistema constituído e oscila consoante tendências mais conservadoras ou ativistas das cortes constitucionais em dado período. Por existir essa permanência da conflituosidade é que se pode recorrer à história e à teoria jurídica adotada por determinadas cortes constitucionais buscando uma solução adequada ao enfrentamento do tema.

Foi essa a solução adotada pelo doutrinador em comento, apoiando-se em uma nota de rodapé basilar para a compreensão do que seria o comportamento da Corte Constitucional americana sob o comando de Warren (1953 a 1969). Cuida-se de três parágrafos curtos, mas dotados de enorme significado para elucidar toda uma forma de pensar de uma composição plenária que promoveria significativas contribuições ao Direito Constitucional dos Estados Unidos.

Cuida-se do teor da nota de número quatro contida em United States vs. Carolene Products CO. O objeto do processo versava sobre transporte interestadual de produtos. No entanto, a repercussão jurídica da observação elaborada pelo juiz Harlan Stone transcendeu as barreiras do caso concreto, apontando-se causas consideradas legitimas para que a jurisdição constitucional afastasse a presunção de constitucionalidade de uma Lei, ou seja, avançasse ao controle da atividade jurisdicional (formal e materialmente). Eis seu inteiro teor:

> Pode existir um âmbito mais estreito para utilização da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparece, evidentemente, compreendida dentro de uma proibição específica da Constituição, tal como aquelas das dez primeiras emendas, que se consideram igualmente relacionadas na Décima-Quarta.
>
> É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe estes processos políticos, dos quais ordinariamente se espera que provoquem a repulsa de leis indesejáveis, deve se submeter a um escrutínio judicial mais rigoroso, embaixo das proibições gerais da Décima-Quarta Emenda, do que os outros tipos de legislação. Tampouco precisamos investigar agora se considerações similares devem ser feitas na revisão de leis dirigidas a singulares minorias religiosas, nacionais ou raciais, ou se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento desses processos políticos nos quais se pode ordinariamente confiar para a proteção das minorias, e que podem exigir uma investigação judicial correspondentemente mais inquiridora.

Há, como aponta Hart-Ely (2010, p. 101), um primeiro parágrafo de cunho mais interpretacionista do que os dois seguintes, mais preocupados em evidenciar casos que teoricamente justificavam o avanço da jurisdição constitucional sobre o sistema político. Consoante o próprio autor, um assistente do *justice* Stone esclareceu posteriormente que se tratou de uma solicitação do juiz-presidente Hughes.

No caso brasileiro, esse primeiro parágrafo assume especial valor especialmente pelo fato de que vigora no país uma Constituição formal, rígida e extensa (prolixa). Advertiu a Corte americana que há uma margem muito estreita para que a jurisdição constitucional avance quando há normas escritas e especificas – especialmente proibições – sobre dado tema.

A preocupação sobre a preservação da integridade do texto constitucional fica evidente, mesmo naquela ordem jurídica cuja norma fundamental e significativamente mais sintética. Caberia, havendo balizas expressas, a harmonização interna do sistema, sem um rearranjo judicial do sistema de valores construído pela Lei Maior.

Relativamente aos segundos e terceiros parágrafos, a situação é mais complexa. Dois elementos centrais estão presentes nesses parágrafos, que são o reforço da posição preeminente do controle popular e o igualitarismo. Mas esses dois campos não necessariamente vão se harmonizar sempre.

Destacando o elemento participação – ainda com conexão com o primeiro parágrafo – acrescenta John Hart Ely (2010, p. 102):

> Tomando emprestada a terminologia de Paul Freund, afirmei que ambos os temas em *Carolene Products* estão relacionados à *participação*: não nos chamam a considerar se este ou aquele valor substantivo é excepcionalmente importante ou fundamental, mas sim **se a oportunidade de participar, quer nos processos políticos mediante**

> **os quais os valores são identificados e ponderados, quer nos benefícios concretos alcançados por meio desses processos foi restringida de modo indevido**. Mas o fato de que dois conceitos podem se podem ser compreendidos numa mesma designação verbal não é suficiente para torná-los compatíveis entre si, e não existe um vínculo evidente e necessário entre um sistema de participação igualitária nos processos políticos, de um lado, e um sistema de participação presumidamente igualitária nos custos e benefícios que o processo gera, de outro; **em muitos casos o sistema de participação igualitária nos processos políticos parece calculado para produzir exatamente o efeito contrário**.

Essa passagem demonstra a função de retaguarda e sopesamento que a jurisdição constitucional pode legitimamente exercer. Quando o sistema de controle popular e a participação igualitária produzem resultados em que a maioria eventualmente tome decisões tendentes unicamente a seus próprios interesses, eliminando os interesses e a própria existência política e física das minorias. Considerando-se ainda que – na linha proposta pelo pensador – a proteção das minorias apenas pelo catálogo de direitos e pelo pluralismo são insuficientes (HART ELY, 2010, p. 106).

A jurisdição constitucional então atua para o correto funcionamento da máquina jurídico-política do Estado, evitando que se instaure a logica do *winner take it all* (o vendedor leva tudo), ou em que "o governo protege os interesses de uns poucos privilegiados ou mesmo somente daqueles grupos que possam formar uma coalização de maioria" (p. 104). Nesse ponto, caberia ao Poder Judiciário a legítima proteção das minorias resguardando efetivamente seus direitos, não para dizer que poderia haver uma legislação/atuação melhor, mas para afastar do ordenamento jurídico normas que tendam a eliminar minorias e divergências – especialmente políticas e étnicas – evitando-se que a ocupação temporária do poder perpetue-se através de um pacto de grupo.

Nessa abordagem, verificam-se, na verdade, dois elementos da teoria de Hart Ely. O já explicitado acima de proteção das minorias. Mas também a necessidade de atuação da jurisdição constitucional para promover o desbloqueio dos canais de mudança política, de modo que os governantes não possam utilizar-se das ferramentas do Estado às quais têm um acesso provisório para não apenas manter-se no poder, mas alijar a minoria opositora de uma possibilidade real de ascensão política ou mobilidade na pirâmide social. Segundo o autor (2010, p. 137):

> Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o *processo* não merece confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança politica para assegurar que continuem

> sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente voz e voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

Para atuar evitando tal cenário de mal funcionamento, a jurisdição ocorreria semelhante à atuação jurisdicional/arbitral em uma ação antitruste – mas oposta a uma regulação – devendo-se determinar não o aspecto substantivo, determinar materialmente como deve ser feito, mas intervir pontual e residualmente para que o "mercado político" que está em mal funcionamento sistêmico não produza normas incluídas naquele contexto. Em uma alegoria utilizada pelo próprio autor, a atuação deveria ser semelhante à de um árbitro em um jogo de futebol, devendo haver intervenção quanto um dos times obtém uma vantagem indevida, não devendo-se determinar ou valorar se ganhou o time que merecia (*op. Cit.*, p. 136).

Para que tal desenho de atuação institucional se materialize, deve-se ainda promover a efetiva proteção às liberdades individuais, especialmente a liberdade de expressão, e também a proteção do direito ao voto (evitando-se exclusões injustificadas de grupos que possam afetar de qualquer maneira o resultado) e, posteriormente, já no exercício da atuação política dos escolhidos, a facilitação da representação das minorias, a garantia da transparência do processo legislativo e – uma obviedade – fazer com que o próprio Poder Legislativo se encarregue de legislar.

O recurso à teoria de John Hart Ely é exemplificativo, pois alinha as preocupações centrais deste trabalho, de coadunar a atuação da jurisdição constitucional a uma teoria que permita um balizamento tanto formal quanto material, de modo a garantir que a função contra majoritária típica dessa função judicial não se transforme em uma armadilha de deslegitimação de todo o sistema político, incluindo com a compreensão de todos (maioria e minoria) da inconformidade do modelo adotado com os valores e anseios realmente basilares na sociedade.

CONCLUSÃO

É tênue a linha entre o labor da jurisdição constitucional e a atividade legislativa. Acentua-se, no entanto, que paradigmas clássicos de separação de poderes foram superados e que a característica de atuação política (ainda que não predominantemente) dos juízes constitucionais não pode ser ignorada. Deste modo, é a busca pelo equilíbrio constitucional e

os mecanismos constitucionalmente previstos para defesa das competências e atribuições de cada órgão que marcarão a relação institucional travada na práxis de um Estado Democrático de Direito.

A pretensa crise em que se colocam diversos modelos constitucionais pelo avanço do Poder Judiciário sobre a função legislativa não condiz estritamente com a questão da legitimidade. Garantia de direitos, proteção da Constituição até mesmo contra o agir estatal são bases de atuação do Judiciário contra o poder majoritário.

Em dadas circunstâncias, teorias procedimentais não são suficientes à tutela de direitos. Pode então o Poder Judiciário agir no cumprimento de seu labor constitucional. Ao Legislativo assistem diversos mecanismos de coibir eventuais avanços abusivos advindos do campo jurídico.

No atual modelo, que não se circunscreve apenas ao Brasil, ainda não é adequado falar em crise democrática. A democracia e seus postulados se matem em seus aspectos nucleares, parcialmente adaptados às circunstâncias políticas e sociais, elementos conjunturais. A legitimação permanece focada tanto na participação (povo ativo) e na postura do povo (povo enquanto instância global de legitimação), como no cumprimento das regras do jogo, estabelecidas na Constituição.

Democracia e legitimidade são conceitos que permanecem válidos, preservados em seus núcleos, mas adaptados em suas peculiaridades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo.** Revista de derecho constitucional europeo. Nº. 13, 2010, págs. 189-208. Granada.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio**. Introdução ao Estudo do Direito**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997

HÄBERLE, Peter**. Pluralismo y constitución:** estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

HAMILTON; MADISON; JAY. **O federalista.** Trad. Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Editota Líder, 2003.

HART ELY, J. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil I**. vol. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais: separação dos poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Direito – Linguagem – Violência**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEME, Eliana Franco; ARAUJO, Luiz Alberto David. **O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais.** In: RAMOS, Paulo R. B. (org.). Constituição e federalismo no mundo globalizado. São Luís: EDUFMA, 2011. P. 127-141.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 91.

OTTO, Ignacio. **Derecho Constitucional: sistema de fuentes**. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1997.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Discurso Jurídico e Prática Política: contribuição à análise do direito a partir de uma perspectiva interdisciplinar.** Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997.

RAMOS, Paulo Roberto. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes.** Edmir Missio. Trad. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 536-548.

WARTENBERG, Raúl Letelier**. La Justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas.** Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constituición**. Trad. Miguel Carbonell. Torino: Minima Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Jueces Constitucionales.** Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ano 29. Nº. 117, setembro a dezembro de 2006. P. 1135-1151.