

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

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

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

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

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

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

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

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

T314

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

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-757-1

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registrar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) THE COUNTERMAJORITARIAN ROLE OF THE FEDERAL SUPREME COURT (STF)

Ricardo José Leite de Sousa ¹
Flávia Amaral Sete ²

Resumo

O presente artigo verificou a atuação contramajoritária do STF, a partir de uma abordagem teórica do Constitucionalismo Contemporâneo, do surgimento do neoconstitucionalismo na Europa e de sua posterior utilização no Brasil, dos novos significados que a Constituição vem sendo atribuídos, do fenômeno da Constitucionalização do Direito, das ideias existentes entre o Direito e a Política, do processo de interpretação constitucional e da jurisdição constitucional. A metodologia que se adotou foi a jurídico- prospectiva. Percebeu-se que a atuação contramajoritária é resultado da forte influência destas temáticas no cenário jurisdicional do STF da atualidade.

Palavras-chave: Constituição, Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Atuação contramajoritária, Stf

Abstract/Resumen/Résumé

The present article verified the countermajority of the STF, based on a theoretical approach of Contemporary Constitutionalism, the emergence of neoconstitutionalism in Europe and its subsequent use in Brazil of the new meanings that the Constitution has been attributed, the phenomenon of Constitutionalisation of Law , of the ideas existing between Law and Politics, of the process of constitutional interpretation, of the constitutional jurisdiction. The methodology adopted was legal-prospective. It was noticed that the countermajority performance is the result of the strong influence of these themes in the current STF jurisdictional scenario.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Constitutionalism, Neo-constitutionalism countermajority action, Stf

¹ Doutorando em Direito pela UERJ. Mestre em Direito pela UERJ. Graduado pela UFRJ.

² Mestranda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pela UERJ, 2017/2018. Advogada especialista em Direito do Trabalho, pela IBMEC, Graduada em Direito, pela Mackenzie. Email:flaviasette66@gmail.com

1 Introdução

Essa parte do estudo objetivou apresentar o cenário atual em que a jurisdição constitucional está funcionando, se limitou, portanto a discutir as questões que envolvem a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo estudada pela Teoria Constitucional.

Para tanto não se limitou apenas ao cenário da atualidade, mas também ao começo do século XIX, quanto aos debates sobre a legitimidade democrática de um Tribunal Constitucional, polarizados por Carl Schmitt e Hans Kelsen, do qual participou, também, por via reflexa Jürgen Habermas.

O cenário contemporâneo demonstra que a jurisdição constitucional, em matéria de controle concentrado, vem provocando grande polêmica entre os doutrinadores que afirmam a legitimidade ou ilegitimidade, democrática, do STF.

Além disso, é necessário, ressaltar que as palavras democracia e política aparecem, quase, sempre no centro desse debate, desse modo faz-se necessário averiguar o sentido que elas pretendem enunciar, de modo que seja possível captar o sentido das opiniões dos seus defensores e opositores.

Para tentar alcançar tais finalidades, o estudo tentou encontrar um caminho para compreender melhor os temas que atravessam esta temática e, a partir dessa tentativa, buscou desvelar o significado da atuação contramajoritária do STF, nos dias atuais.

A metodologia que a investigação adotou é a jurídico-prospectiva.

O Objeto de investigação é a jurisdição constitucional do STF e a sua atuação contramajoritária.

O objetivo geral do estudo é compreender a atuação contramajoritária do STF.

Os objetivos específicos foram identificar as principais temáticas que desvelam tal atuação do STF.

O marco teórico da pesquisa segue a perspectiva positivista ética moderada de Norberto Bobbio (2006, p.236).

O pressuposto que se adotou é de que o termo contramajoritário significa atuação contra a lei, que representa a vontade da maioria.

A metodologia utilizada é a jurídico-exploratória.

2 O Constitucionalismo Contemporâneo.

Na atualidade, vivenciamos o Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalista.

O termo constitucionalismo remete a ideia de que prevalece em um estado democrático liberal, o governo das leis. O significado desse termo advém do movimento constitucionalista, que afirmava a necessidade de que todos os Estados deveriam possuir uma constituição escrita, com a função primordial de assegurar os direitos e garantias fundamentais. O seu apogeu ocorreu no fim do século XVIII (BULOS, 2015, p.64).

A origem formal deste período decorre do surgimento das Constituições escritas e rígidas, nos Estados Unidos da América, em 1787, que ocorreu após a independência das 13 colônias e, da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa. As preocupações principais desses documentos eram a organização do Estado e a limitação do poder estatal, através da previsão de direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2000, p.33).

Nesse momento a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, conseguiu destaque por anunciar que a sociedade, que não tivesse assegurada a garantia de direitos, bem como a separação dos poderes, não possuía em realidade, uma Constituição. (BULOS, 2015, p.64).

Essas ideias vinham acompanhadas pela crença jusnaturalista, em que o indivíduo se crê um detentor nato de direitos, atrelada ao pensamento iluminista da valorização e do desenvolvimento do raciocínio. Essa corrente se contrapõe ao positivismo jurídico (BARROSO, 2015, p.269-271).

O jusnaturalismo é uma corrente de pensamento liberal, que surgiu na antiguidade clássica e se mantém até os dias atuais (BARROSO, 2015, p.269-270).

Percebe-se a valorização da Constituição como um documento escrito, regulador de direitos.

Na atualidade, contudo busca-se alcançar a efetividade dos direitos previstos nesse documento. E, além disso, valoriza-se mais o aspecto axiológico desse documento, em detrimento do aspecto material.

Em um dos momentos iniciais da afirmação do Constitucionalismo os fundamentos de organização política, jurídica e econômica do Estado e os fundamentos de proteção à liberdade dos indivíduos representava a tentativa de regular as relações entre indivíduos e, entres estes e o Estado.

O positivismo jurídico, que valorizava as seguintes ideias, baseadas: na aproximação entre direito e norma, na crença de que o poder e a ordem emanam do Estado, na crença de auto-suficiência do estado, na valorização da forma, em detrimento do conteúdo (BARROSO, 2015, p.273), vem sendo rechaçado pela doutrina neoconstitucionalista, que privilegia a ótica dos valores morais e dos princípios.

O pós-positivismo rompe esses paradigmas e passa a preconizar novos ideais relativos: à justiça, à igualdade material mínima, decorrentes da teoria crítica, à teoria dos direitos fundamentais, na reorganização de valores, entre princípios e regras, através da valorização e do desenvolvimento da hermenêutica jurídica (BARROSO, 2015, p.274).

Os países da Europa Continental passaram por uma reconfiguração institucional que se alastrou pelo mundo romano – germânico, gerando modificações no conteúdo e no sentido de Constituição. A ótica legalista (positivista) dava lugar à ótica (neo) constitucionalista (influenciada pelos princípios). E essa nova forma de ver e de sentir a Constituição clamava por indivíduos que fossem capacitados a interpretá-la sob uma nova perspectiva, em consonância com as novas ideias e com os novos valores precursores desse momento (BARROSO, 2015, p.135).

Entender o período em que ocorreu a difusão dessas ideias no Brasil e a promulgação da Constituição de 1988 tornam-se medidas essenciais para prosseguir nesse estudo.

3 O constitucionalismo contemporâneo, no Brasil, e a Constituição de 1988.

O direito constitucional, contemporâneo, no Brasil, vem evoluindo ao longo dos anos, inicialmente passou pelo período ditatorial, que se iniciou em 1º, de abril de 1964, que durou aproximadamente 20 anos. A característica principal desse regime foi: a repressão política. Ocorreram, nesse período prisões arbitrárias, perseguições, torturas e mortes dos opositores desse regime. Foi um período em que o poder executivo dominava os demais Poderes da União. (BARROSO, 2015, p.135).

A promulgação da Constituição representou uma ruptura com período antigo e uma renovação no arcabouço institucional nos poderes da União.

A sociedade ampliou suas conquistas em matérias de direitos e garantias fundamentais e, tornou-se mais participativa.

Passa-se, após essa exposição, ao estudo do neoconstitucionalismo, propriamente, dito, para verificar como ocorreu a sua influência em diversos países.

4 A influência do Neoconstitucionalismo

O momento atual aproxima-se mais do período pós-positivista ou neoconstitucionalista em que a atuação dos juízes foge à regra da aplicação pura da lei, afirmada no período positivista e, busca centrar-se mais na ótica que afirma a lei, através da interpretação fundada nos valores e nos princípios do direito.

É um conceito precursor originário da Itália e da Espanha, que começou a ser difundido, no Brasil, em meados de 2003, a partir da publicação e difusão da coletânea organizada pelo jurista Miguel Carbonelli, denominada Neoconstitucionalismo(s), em 2007, que sobreveio: a publicação de sua obra denominada Teoria do Neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009, p.114-115).

Os principais teóricos desse fenômeno são: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Harbele, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, embora eles, mesmos, não se definam assim (SARMENTO, 2009, p.114-115).

Esse movimento ganhou força a partir do pós - Segunda Guerra Mundial, na Europa, e pôde ser evidenciado, principalmente, em razão das Constituições Europeias, não serem procedimentais, mas sim uma conjugação de normas repletas de valores axiológicos, que contém apontamentos sobre os mais variados temas, que antes não eram veiculados nesse tipo de documento, abrangendo questões relativas à economia, às relações de trabalho e à família. A partir daí uma interpretação extensiva e abrangente foi utilizada pelo poder judiciário, denominada de Constitucionalização do Direito (SARMENTO, 2009, p.117).

Sobre o Neoconstitucionalismo Daniel Sarmiento enfatiza que ele gera profundas transformações tanto na prática dos tribunais quanto na teoria jurídica. E que essas transformações se desenvolvem sob a égide da Constituição de 1988. Os principais fenômenos que decorrem dessas transformações são: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a sua valorização na aplicação do Direito, a rejeição ao formalismo e a adoção de estilos mais abertos de raciocínio jurídico, o que explica a aplicação da técnica de ponderação e a utilização de teorias argumentativas, que buscam legitimar as decisões judiciais e a reaproximação entre o Direito e a Moral, que busca inserir a filosofia no discurso jurídico (SARMENTO, 2009, p.113).

A doutrina pós-positivista, busca através da fundamentação racional, tendo por base os princípios da moralidade e da justiça, compreender os fenômenos jurídicos a partir de seus

objetos, não se preocupa com as questões teóricas do Direito, mas sim com a razão prática (BARROSO, 2015, p.140).

Sarmiento destaca que existem alguns adeptos do discurso da existência de conexão entre o Direito e a Moral, representados pelos não-positivistas: Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino. Já os que afirmam essa conexão, os positivistas, são: Luigi Ferrajoli, Luíz Pietro Francís, Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo (SARMENTO, 2009, p.120).

Jorge Otávio discorre sobre os perigos do neoconstitucionalismo, em relação à lei. Ela deve, em um Estado de Direito, ser clara para que os agentes que são tutelados por ela possam conduzir suas vidas de um modo programável, evitando que sejam surpreendidos com a aplicação do Direito. Isso é uma evidência de que a Dignidade Humana é respeitada (GALVÃO, 2014, p.272).

Já Sarmiento destaca três objeções ao neoconstitucionalismo, que são apontadas pela doutrina: à de que seu pendor judicialista é antidemocrático, à de que a preferência por princípios e pela ponderação de valores, em detrimento de regras e, da subsunção é perigosa, por poder gerar uma “panconstitucionalização” do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo (SARMENTO, 2009, p.132).

O neoconstitucionalismo apresenta uma pretensão de romper com o positivismo, contudo acaba por ressuscitar o jusnaturalismo e elege como diferencial positivista a Constituição.

A partir desses esclarecimentos, prossegue-se à busca das novas questões que surgem envolvendo a Constituição, bem como sobre as novas possibilidades de resolução das questões jurídicas.

5 Uma Constituição de novos significados e, uma Jurisdição Constitucional cuidadosa.

Luís Roberto Barroso destaca que ao final do século XX, é possível perceber uma publicização do Direito, que significa uma proliferação de normas de ordem pública não só em áreas do direito privado, mas também em áreas que exigem a proteção da parte mais fraca das relações jurídicas. A consequência disso é a centralidade da Constituição. (BARROSO, 2015, p.141)

A constituição possui um caráter pragmático e extensivo, contudo não possui a capacidade de regular as situações novas que vão se multiplicando, à medida que a sociedade

evolui. A ótica da pura aplicação da lei pelo interprete não se mostra mais eficiente para solucionar os casos difíceis que vêm surgindo ao longo dos tempos.

Barroso destaca que os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução pronta no ordenamento jurídico. E que os casos fáceis envolvem situações em que a solução de fatos relevantes está na norma, o que traduz uma mera operação de subsunção (BARROSO, 2015, p.460). Esses casos que não encontram soluções pré-prontas, em razão das complexidades que envolvem, representando a evolução do mundo moderno, seja, em função da forma vaga, com que se apresentam na Constituição, alguns termos, tais como: o que envolve o sentido, da Dignidade da Pessoa Humana, da moralidade administrativa entre outros (BARROSO, 2015, p.143).

A constituição muda o sentido de sua interpretação assim como mudam os períodos em que ela é interpretada. A dinamicidade é uma das principais características desse documento que gera efeitos a todo o ordenamento jurídico.

Contudo, é essencial que o intérprete constitucional ao interpretar esses casos tenha cuidado, visto que a sua atuação criativa pode interferir negativamente em muitas temáticas: tais como a desvalorização da norma em favor do princípio, na dificuldade de se aplicar dois ou mais princípios num dado caso concreto, na internalização de valores ao Direito, na interferência indevida entre os poderes da União e no ativismo judicial.

Após a compreensão do sentido da Constituição e da atuação da jurisdição constitucional, busca-se a compreensão do fenômeno denominado de Constitucionalização do Direito.

6 A constitucionalização do Direito e a utilização da Constituição pelo intérprete

A locução Constitucionalização do Direito é utilizada recentemente, possui significação variada e busca caracterizar: qualquer ordenamento jurídico, que possui uma Constituição dotada de supremacia (BARROSO, 2015, p.390).

No Brasil, esse processo é recente, podendo ser percebido a partir dos anos de 2005, e se intensificando em meados de 2010, até os dias atuais. Esse fenômeno se caracteriza pela ampliação do entendimento inerente à supremacia constitucional, em que se passa a valorizar não, apenas, a supremacia formal, mas também a material, que valoriza a interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico, sob a ótica dos princípios. (BARROSO, 2015, p.401).

Essa nova perspectiva interpretativa, utiliza e privilegia as diferentes técnicas, quais sejam: a declaração de inconstitucionalidade dessas mesmas normas, contudo às posteriores à promulgação da Constituição, quando com elas incompatíveis, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, acompanhado da convocação do legislador para atuar sanando a omissão. Além da interpretação constitucional que pode ser realizada no sentido de conferir à norma infraconstitucional uma releitura em consonância com os novos valores e preceitos afirmados pela Constituição ou, em outro sentido relativo à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto em que o sentido óbvio é modificado por uma interpretação alternativa (BARROSO, 2015, p.401).

A constituição passou a agregar um novo sentido que repercutiu sobre todo o ordenamento jurídico, visto que passou a ser um filtro e uma fonte para todos os outros ramos do Direito.

Nos tempos contemporâneos para interpretar a Constituição, não basta analisar a letra da lei, é necessário ir além, buscando atingir os valores, os fins públicos, os comportamentos contemplados, nos princípios e nas regras constitucionais (BARROSO, 2015, p.391).

Esse novo modo de interpretação, gera consequências ao legislativo, vez que limita sua discricionariedade, em relação ao processo de criação das leis, além de lhe impor metas no tocante à realização de programas e direitos constitucionais. Atua do mesmo modo, com relação à Administração, e, também, lhe fornece fundamentos de validade para a prática de atos que envolvam a aplicação da Constituição. Já no que tange ao Poder Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade, tanto incidental, quanto abstrato, além de condicionar a interpretação da norma jurídica de todas as normas do sistema. Enquanto aos particulares lhes impõe limitação de sua autonomia de vontade, relativas ao direito de propriedade ou de contratar (BARROSO, 2015, p.391).

Na atualidade é possível perceber que a forma de ver a Constituição influencia muito o intérprete dela, que passa a buscar a sua efetividade a todo custo, através de uma postura, excessivamente, pró-ativa que tende a desregular as relações com os demais poderes e a confundir as atribuições institucionais desses mesmos poderes.

De fato o que parece existir no atual momento neoconstitucional é a supremacia dos intérpretes, que buscam a partir de suas convicções pessoais atribuir novos significados não só a Constituição, mas também ao próprio processo de hermenêutica constitucional. Vivencia-se uma era de valores invertidos, em que a lei pouco ou nada diz e, que ela depende do intérprete

para ter a sua eficácia garantida. Essa era é preocupante, por isso faz-se necessário discuti-la e rediscuti-la em textos científicos.

Após o estudo da Constitucionalização do Direito e da atuação do intérprete, buscase estudar outros fenômenos jurídicos que vêm ocorrendo no cenário político-jurídico brasileiro, tais como a judicialização da Política e a politização da Justiça.

7 A política e o Direito, ideias semelhantes, porém contrapostas.

O neoconstitucionalismo aparece interligado ao fenômeno que impede a distinção total entre o Direito e a política.

Nesse sentido evidencia Dieter Grimm que o princípio da certeza contribui para uma separação entre o Direito e a política, visto que as condutas são julgadas com base em uma norma (GRIMN, 2006, p.13).

O neoconstitucionalismo pela interpretação aberta que permite, dificulta a concretização do princípio da certeza.

Na atualidade, está cada dia mais difícil separar o papel político do jurídico. Embora se saiba de antemão da convivência harmônica e independente dos poderes da União, mais especificamente falando entre o Poder Judiciário e o Poder legislativo. Diriam alguns, por isso, nem, tão harmônica assim essa convivência.

Dieter Grimm enuncia que a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura. E que uma política totalmente jurisdicionada, perderia o seu caráter político (GRIMN, 2006, p.10).

Na atualidade vemos que o intérprete constitucional não se presta mais a moldurar a política, mas sim a engessá-la.

Com relação à Constituição Barroso partilha da opinião de que a magna Carta ao distribuir competências diversas aos Poderes do estado conferiu atribuições a dois deles, aos poderes legislativo e executivo, essencialmente, políticas. (BARROSO, 2015, p.452-454).

O poder judiciário só faz política, quando decide questões que deveriam ser decididas pelo poder legislativo. Desse modo, ele por usurpar competências que não são suas acaba por fazer política.

Rawls destaca a justiça política, como a justiça da Constituição. (RAWLS, 2000, p.241). A constituição é justa, contudo nem sempre se tem a aplicação justa dela. Pois a justiça está na igualdade de julgamento e na previsão legal do modo como esse julgamento

deve ocorrer. No entanto, com a tendência neoconstitucional essa igualdade e previsibilidade não passam mais de meras ficções jurídicas.

Destaca Barroso que no caso de demandas entre particulares essa atuação política não aparece e, por isso não causa polêmica em relação á legitimidade de seu poder. (BARROSO, 2015, p.452-454).

Cláudio Pereira destaca que em tempos remotos o Poder Judiciário se restringia a aplicar as normas editadas pelo Poder Legislativo. E, que na atualidade os juízes possuem uma maior liberdade para aplicar as leis, desvinculando-se da metodologia jurídica e aproximando-se mais da metodologia particularista. Em que as leis são aplicadas à luz da teoria contemporânea dos princípios. Porém essa fuga da forma produz inconvenientes ligados à ampliação da discricionariedade judicial e a insegurança jurídica (NETO SOUZA, 2008, p. 515-517).

A discricionariedade judicial e a insegurança jurídica não representam aspectos de qualquer evolução da teoria constitucional, como parece querer dizer a doutrina neoconstitucional.

Dieter Grimm dispõe que o mecanismo do direito constitucional apto a produzir a separação entre política e Direito é o princípio da independência do juiz (GRIMM, 2006, p.3).

No entanto, vemos no período atual que a independência do juiz, gera dependência do legislativo e do executivo e a junção da política com o Direito.

Sendo a Constituição o documento político, social e jurídico que alça o Estado democrático de Direito é necessário submeter-se a ela sem se recorrer a subterfúgios jurídicos valorativos e interpretativos. E do Supremo Tribunal Federal (STF), espera-se uma atuação balizada nos limites dessa mesma constituição. Não é aconselhável atribuir valores a Constituição e as instituições estatais, pois valores não são objetivamente aferíveis e, por isso não são controláveis. O que poderia a levar a um governo de juízes, que não se deseja, no período democrático atual, que foi conquistado a duras penas.

Percebe-se que a separação entre Direito e Política, é algo muito complicado de se concretizar. Desse modo, prossegue-se ao estudo da interpretação constitucional

8 A interpretação Constitucional

A arte de interpretar a Constituição pertence à sociedade, conforme as ideias de Peter Häberle¹, a partir da tese da sociedade aberta dos interpretes constitucionais. (BULOS, 2015, p.458).

Interpretar significa alcançar o significado. A ciência que estuda a interpretação é a hermenêutica. No que tange a interpretação jurídica significa alcançar o significado das normas jurídicas.

A interpretação constitucional é uma interpretação jurídica, por isso o que vale para uma, vale também para a outra.

Ao interpretar uma norma jurídica existe a possibilidade, de quase sempre, o interprete encontrar não um, mas inúmeros sentidos para essa mesma norma. Dessa forma a interpretação pode ao invés de gerar segurança, gerar a insegurança jurídica. Buscando minimizar essa questão, os interpretes podem adotar a teoria da argumentação, como forma de obter parâmetros para as suas interpretações (BULOS, 2015, p.451).

O processo de convencimento de que se fala, implica também ao dever da racionalidade da argumentação. Deve haver coerência nas interpretações jurídicas. Isso busca impedir a *desuniformização* da jurisprudência e remete a uma maior segurança jurídica.

É necessário lembrar que alguns juízes proferem decisões divergentes de sua própria linha de raciocínio. O que os aproxima das decisões subjetivas e causa o efeito de fuga de razões jurídicas para as razões valorativas.

Cláudio Pereira lembra que o juiz ao aplicar a lei pode decidir a partir da utilização da metodologia formalista, em que esse agente se vincula à lei ou a partir da metodologia particularista, em que essa vinculação não está tão fechada. Mas que a opção por um ou outro método depende da confiança que os cidadãos depositam nos juízes (NETO SOUZA, 2008, p. 517).

Diverge-se da opinião de Cláudio, quanto à confiança dos jurisdicionados no juiz, visto que o juiz não possui, à priori, compromissos com a democracia, mas sim com o Estado de Direito e com a dinâmica que está inserido².

Jorge Octávio ao falar da concepção neoconstitucional destaca que a interpretação judicial tendo por base esse pensamento, que diminui a certeza jurídica e aumenta a margem de discricionariedade dos agentes públicos. E, que, além disso, transfere às cortes, em

¹ Sobre esse tema ver Häberle (1997).

² Embora existam autores que parecem defender essa posição. Nesse sentido: Mendonça (2014, p. 174-194; Barroso (2015, p. 133-176)

detrimento da política majoritária, a função de decidir sobre as principais questões coletivas (GALVÃO, 2014, p.292-293).

As técnicas de interpretação, mais utilizadas são: a técnica de ponderação de valores ou interesses, a técnica de otimização de princípios e a técnica da filtragem constitucional.

A primeira técnica consiste na avaliação do interprete que ao estar diante de situações de conflito decide qual o bem constitucional deve prevalecer. Um exemplo disso é a colisão entre normas de direitos fundamentais³, na CF/88 é aquela que envolve o direito à liberdade de expressão, no artigo 5º, IX, e o direito à privacidade, no art. 5º, X (BULOS, 2015, p.463).

A segunda remete ao aproveitamento de um princípio constitucional, como se ele fosse um filtro pelo qual passam os fatos jurídicos que conflitam entre si envolvendo as normas jurídicas.

A terceira técnica foi criada pelo penalista italiano Arturo Santoro que afirma a ideia de que a Constituição representa o filtro principal de que todas as demais normas que compõem o ordenamento devem passar pelo processo denominado de filtragem constitucional (BULOS, 2015, p.467). Essa técnica está diretamente ligada ao fenômeno da Constitucionalização do Direito.

Desse modo, prossegue-se ao estudo dessa jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no Brasil, em que se buscará dar um maior destaque à questão que envolve o tema da legitimidade democrática das decisões inerentes à jurisdição constitucional, a partir do controle em abstrato das normas.

9 A jurisdição Constitucional e a atuação contramajoritária⁴

Na atualidade o Poder judiciário vive um momento de ascensão política e institucional. Uma das causas desse fenômeno está relacionada à recuperação das garantias da magistratura, com o aumento da demanda por justiça. (BARROSO, 2015, p.225-226).

Quando se estuda a jurisdição constitucional exercida pelo STF, na atualidade, é difícil não encontrar a temática da legitimidade democrática envolvendo as decisões do Supremo Tribunal Federal.

³ Segundo Alexy, não seriam normas, mas sim princípios fundamentais. Nesse sentido ver Alexy (2008, p.232)

⁴ Esse título foi inspirado, no capítulo III, tópicos I e II do artigo de Barroso. (2015, p. 133-176).

O Supremo Tribunal Federal é o “guardião da Constituição”, isso implica dizer que a sua funcionalidade precípua é a de protegê-la e aplicá-la. Contudo, compreender o significado da palavra proteção, nos tempos atuais, é tarefa que requer sistematização e pesquisa, pois se pensarmos em proteção, num primeiro plano, é possível pensar em proteção da letra da Constituição.

Já em um segundo plano, é possível fazer associações não só com a proteção da letra desse magno documento, como também, com o sentido que esse documento expressa por todo o ordenamento jurídico.

Contudo, alcançar esse sentido torna-se uma tarefa, ainda, mais árdua, do que a compreensão de qual seria a extensão da proteção que o STF, pode e deve dar à Magna Carta.

O termo guarda da Constituição remete a funcionalidade principal que órgão jurisdicional máximo possui e que está ligado ao controle de constitucionalidade concentrado no Direito Brasileiro (BULOS, 2015, p.1313).

Compreender o significado da expressão “guarda da constituição”, contida no art. 102, caput, da CF/88⁵, depende da compreensão do contexto político, econômico social, em que está inserida essa instituição, bem como os seus ministros.

O Supremo Tribunal Federal é a instituição responsável pela última palavra a respeito da constitucionalidade das leis e da própria Constituição (quando interpreta conforme à Constituição, atribuindo um sentido que não está expresso na, própria, Constituição).

Enfatizar que o STF pode alterar a lei significa dizer que ele pode sobrepor-se àqueles que a criaram em decorrência da legitimidade democrática de que são detentores pelo voto.

Sobre esse papel do STF como legislador positivo, Rodrigo Brandão destaca:

a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (...). Essas técnicas de decisão têm em comum o fato de apartarem-se da figura do “legislador negativo”, visto que através delas o órgão judicial manipula a norma editada pelo legislador, modificando-a. Desta forma, atua o Judiciário, em alguma medida, como “legislador positivo”, já que a norma que resulta da interpretação judicial é significativamente distinta da aprovada no Parlamento (BRANDÃO, 2014, p. 197).

⁵ Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”. BRASIL, 1988.

José Afonso da Silva ressalta que o STF não pode ser considerado como uma Corte Constitucional, visto que não cabe só a ele a interpretação da Constituição (SILVA, 2003, p.555).

O sistema brasileiro de jurisdição constitucional é um sistema misto, que contempla uma espécie de critério de controle concreto e a outra espécie de controle difuso. (SILVA, 2003, p.554).

A teoria constitucional vem estudando três papéis que as Supremas Cortes e os tribunais constitucionais vem exercendo ao longo dos tempos, são eles: o papel contramajoritário, o representativo e o iluminista.

Para Luís Roberto Barroso o papel contramajoritário, guarda relação com a funcionalidade que esses tribunais exercem ao invalidar um ato legislativo sobrepondo a sua interpretação judicial ao processo legislativo, que decorre das escolhas feitas pelos representantes eleitos pelo povo (BARROSO, 2017, p.27).

Para Eduardo Mendonça o STF ao exercer a jurisdição constitucional exerce uma tarefa política e jurídica, que em condições factíveis pode demonstrar uma forma de legitimação democrática (MENDONÇA, 2014, p174).

A jurisdição constitucional exerce um papel restritivo, visto que restringe a vontade dos representantes do povo, democraticamente eleitos. Essa é a funcionalidade contramajoritária que o STF, tem cumprido na atualidade.

A questão que daí decorre guarda relação com a legitimidade desse tribunal, o quê ou quem legitima esse papel? Seria a Constituição brasileira, que o legitimaria juridicamente ou a sociedade, que em outro plano representaria uma legitimidade social? A legitimidade que o tribunal constitucional brasileiro parece ter é uma legitimidade ideológica, fundada em argumentos neoconstitucionais ideológicos, teóricos ou ideológicos.⁶

Outra questão que surge daí decorre do entendimento da palavra democracia de que ela é o governo da maioria ou o governo de todos (maioria e minoria). O sentido inicial da democracia, pensada como causa, leva ao governo que foi eleito pela maioria. Já o sentido posterior de democracia pensada como consequência remete ao sentido de governo de todos. Depende da situação e do contexto em que essa palavra é utilizada.

A jurisdição constitucional não deve representar a maioria, mais sim a todos, pois todos carecem de sua tutela e, não só a maioria.

⁶ Ver sobre o neoconstitucionalismo, o positivismo ideológico, teórico e metodológico em Bobbio (2006, p.238).

Barroso destaca a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, que está fundamentada em dois fundamentos: na proteção dos direitos fundamentais e na proteção das regras do jogo. Segundo ele existe razoável consenso de que “o conceito de democracia transcende o governo da maioria” (BARROSO, 2015, p.146). Esse autor parece pensar a democracia como consequência e, não como causa.

Nesses termos o caráter contramajoritário de que se fala, pode indicar que a democracia está sendo pensada como causa e não como consequência.

Uma questão que surge refere-se a essa discussão como pode o STF, exercer o governo de todos, pelo sentido de democracia como causa, sem ser eleito. Ele atua na contenção dos fatos jurídicos e, não na criação deles.

A supremacia judicial de que goza o STF, de proferir a última palavra sobre a Constituição e sobre as leis, é a questão recorrente, que envolve o poder político que ele quase sempre exerce (BARROSO, 2015, p.452). Nesse ponto essa instituição foge da atribuição funcional de que ao judiciário cabe a mera aplicação de leis. Quando ele não só as aplica, em conformidade com a letra da lei, como também altera o sentido dela ou amplia o seu alcance, incluindo uma determinada expressão no texto da lei por exemplo.

A posição do STF é de suma importância para compreender o atual Estado de Direito que vem se descortinando com o passar dos anos.

Barbara destaca que a discussão que envolve a questão da legitimidade democrática do STF, é antiga, visto que Hans Kelsen e Carl Schmitt, já discutiam, desde o começo do séc. XX, sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição (LIMA, 2013, p.14).

Habermas destaca que em relação a esses tribunais “há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências na ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões” (HABERMAS, 1997, p.298).

Parece que as questões inerentes ao controle de constitucionalidade em concentrado quase sempre envolve decisões judiciais que encerram matérias políticas, pela extrema intervenção do poder judiciário nas atribuições dos demais poderes.

As decisões contramajoritárias vêm aumentando no período atual em razão de que o pensamento neoconstitucional tem se intensificado nas decisões judiciais.

Destaca Schmitt que o juiz só possui liberdade para proferir suas decisões judiciais, enquanto ele está adstrito a ela. Já quando o juiz possui a possibilidade de manipulá-la, a sua liberdade já não deve ser absoluta, pois ele mesmo está se fazendo agente criador das normas,

que ele deve estar vinculado. E isso seria um problema constitucional (SCHMITT, 2007, p. 29).

Na opinião de Kelsen o juiz não é um agente secundário na aplicação da lei, de forma meramente administrativa, mas sim um hábil executor da aplicação da lei e criador do próprio Direito (KELSEN, 2003, p.255).

“Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição, existe apenas uma diferença quantitativa e, não qualitativa” (KELSEN, 2003, p.251).

Jurgen Habermas se preocupando com o estudo da questão que envolve o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional, não afirma qual a posição que defende entre Schmitt e Kelsen, destaca que o sentido de Estado Liberal de Direito está mudando e que as decisões judiciais na atualidade ultrapassam o sentido dado pelo positivismo, visto que necessitam recorrer aos princípios (HABERMAS, 1997, p.310-312).

Contudo vemos hoje a “panprincipiologia” crescer no ordenamento jurídico constitucional brasileiro sem muitas inovações e causando grandes desregramentos no Estado Constitucional de Direito, que hoje tende a ser mais moral do que legal.

Habermas destaca que o fato de o tribunal está ligado ao legislativo pelas normas jurídicas não produz uma concorrência entre um e outro, visto que os argumentos legitimadores dados ao tribunal decorrem da autorização preliminar contida na Constituição, para que o Direito seja aplicado e, não na perspectiva de criação do direito pelo legislador. (HABERMAS, 1997, p.323).

A questão que envolve a legitimidade democrática não envolve um debate recente, visto que ela já ocorria desde o século XIX. Contudo, na atualidade ela vem sendo debatida sob uma nova denominação, de “dificuldade contramajoritária”⁷.

O debate que se pretendeu evidenciar guarda relação com esse papel de guardião da Constituição e da legitimidade dele. Em que não se procura solucionar essa questão de quem ou o quê legitima a atuação do guardião da Constituição.

Os direitos fundamentais transcendem a ideia de governo da maioria. A democracia condensa além da dimensão procedimental do governo da maioria, a dimensão substantiva que inclui liberdade, igualdade e justiça.

Em realidade a democracia deve significar o governo de todos, da maioria e da minoria, vencida no processo político. E, já que em quase todo o mundo o guardião⁸ dessas promessas é a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional.

⁷ Nesse sentido ver Barroso (2015, p. 133-176).

Cabe ao STF exercer esse papel com cautela, deixando que o Congresso cumpra seu papel e que o administrador, atuando só em casos “que estejam em jogo os direitos fundamentais e os pressupostos da democracia”. (BARROSO, 2015, p.148).

10 Conclusão

Objetivou-se apresentar o cenário atual em que a jurisdição constitucional está funcionando, se limitando, portanto a discutir as questões que envolvem a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo estudada pela Teoria Constitucional.

Pretendeu-se reunir as principais questões que envolvem esse tema, que está diretamente relacionado à ausência de legitimidade democrática deste Tribunal ou de qualquer outro Tribunal Constitucional que atua proferindo a última palavra sobre a Constituição.

Deve-se ressaltar que essas questões são antigas, já que desde o começo do século XIX vêm sendo debatida por Carl Schmitt e Hans Kelsen. E, que prescindem de muitas discussões doutrinárias e de muitas investigações jurídicas.

Percebeu-se que a palavra democracia e os diversos sentidos que são atribuídos a ela, em muitos casos, causa a tensão desse debate. E, que, em alguns casos, a opinião política dos doutrinadores que participam dessa discussão, aparece nos seus discursos. Uns defendem a legitimidade democrática do tribunal que exerce a jurisdição constitucional, em controle concentrado, outros são contra. Uns são a favor por que amplia o sentido de democracia da maioria para todos, enquanto outros são contra porque compreende a democracia como algo político e não jurídico e, lhe atribui um único sentido.

Verificou-se que muitas questões que problematizam essa temática estão ligadas a identificação deste Tribunal como um produtor de decisões jurídicas e de decisões políticas.

Embora este debate exerça uma forte atração no sentido de que seja escolhido um dos lados da discussão buscou-se olhar os fundamentos com um, certo, distanciamento de modo que fosse possível apenas reunir informações sobre essa temática, sem exercer palpites sobre ela. Propõe-se, apenas, um novo olhar sobre o sentido que cada doutrinador pretende atribuir a palavra democracia.

Percebeu-se que a atuação contramajoritária é resultado da forte influência destas temáticas no cenário jurisdicional do STF da atualidade.

⁸ Nesse sentido ver Garapon (1999).

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad, Virgílio Afonso de Souza. 5ª ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência*. 19 p. Disponível em: < <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 18.02.2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. p. 133-176. In: Daniel Sarmento (coord.), *Jurisdição constitucional e política*, Rio de Janeiro. Forense. 2015. 740 p.

_____. _____. In: Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*. The Yale Journal 115:1346; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 2000. 256 p. Disponível: < https://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf> Acesso em 18.02.2018.

_____. _____. In: ROBERT. Alexy . *La institucionalización de La justicia*, 2005, p.76

_____. _____. In: ELY, John Hart, *Democracy and distrust*, 1980. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1592&context=vulr> Acesso em 18.02.2018.

_____. _____. In: GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 1999. 581 p.

_____. *Antecedentes teóricos e filosóficos do novo direito constitucional*. In: _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 261-284.

_____. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política* p. 434-479. In: _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 6ª ed. 2017.

_____. *A Constitucionalização do Direito*. In: _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015. p.391-433.

_____. *A Constituição brasileira de 1988: Vinte e cinco anos de vida*. In: _____. “*A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*”. 5ª ed. [Sl; Sn].

BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra; Trad. Por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o dogma do legislador negativo*. Revista de Direito da Puc Rio. V.44. 2014. Disponível em:< <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/385/346>>. Acesso em 17.02.2018.

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015. 1703 p.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito*, [s.l] Ed. Saraiva. 2014. 322 p. In: Estado de Direito e Neoconstitucionalismo: tensões e contradições, p. 267-305.

GRIMN, Dieter, *Constituição e política*, (Coord. Luiz Moreira) Trad. Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2006, p. 3-20

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v.I, Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Ed. Tempo brasileiro.1997.

HANS, Kelsen. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In:KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo. Ed. Martins fontes, 2003.

LIMA. Barbara Scavonne Bellem de. *Participação democrática no Controle de Constitucionalidade brasileira*. USP. São Paulo. 2013. 165 f. In: SCHIMITT, Carl. O guardião da Constituição. Belo Horizonte. Del Rey. 2007; HANS, Kelsen. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. In:KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo. Martins fontes, 2003. Disponível em:< www.teses.usp.br/teses/.../2/.../tde.../Dissertacao_Barbara_Scavone_Bellem_de_Lima.pdf>. Acesso em 17.02.2018.

MENDONÇA, Eduardo, *A democracia de massas e a democracia de pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. UERJ. Rio de Janeiro. 2014, p. 174-194.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo. Ed. Atlas S.A. 2000. 797p.

_____. _____. In: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra Editora, 1990, t, 1, p.138.

RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. 1ªed. Tradução Almiro Pisetta. Lenita M. R. Esteves. São Paulo. Martins Fontes. 1997. 708 p.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmiento (Coord), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, [s.l.]. Ed. Lumen Iuris. 2009, p. 113-146.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2003. 878 p.

_____. _____. In: LASSALE, Ferdinand. *Que es una constitucion?* p.61-62.

_____. In: SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. p.20 e seg.

_____. In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, v.I/ 1, 2, 7 e v. II/ 12,19 e ss.

SCHIMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Coord. Luiz Moreira. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coords.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iuris. 2008.