XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-069-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONFIGURAÇÃO INSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO: RISCOS OU POSSIBILIDADES PARA A DEMOCRACIA?

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND THE ROLE OF THE SUPREME COURT FEDERAL IN THE INSTITUTIONAL CONFIGURATION OF THE BRASILIAN STATE: INSTITUTIONAL RISKS OR POSSIBILITIES FOR DEMOCRACY?

Francisco Yrallyps Mota Chagas
Igor Moura Rodrigues Teixeira

Resumo

O objetivo deste trabalho é contribuir com o debate em torno do papel e limites da jurisdição constitucional, de sua legitimidade democrática e do protagonismo que os tribunais constitucionais assumem atualmente na configuração institucional dos Estados contemporâneos. Investigam-se as origens, causas e consequências da expansão da autoridade dos tribunais constitucionais em detrimento de outros poderes constituídos, mormente em sede de controle de constitucionalidade. Utiliza-se como parâmetro de análise o protagonismo que o Supremo Tribunal Federal vem ocupando nos últimos anos aqui no Brasil. Enfrentam-se essas questões apresentando posicionamentos favoráveis e contrários à existência e atuação da jurisdição constitucional e questiona-se se o exercício da jurisdição constitucional pelos tribunais constitucionais apresenta possibilidades ou riscos para a democracia.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Tribunais constitucionais, Democracia, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article is to contribute to the debate around the role and limits of the constitutional jurisdiction, of its democratic legitimacy and the role constitutional courts are currently in institutional setting contemporary States. Investigate the origins, causes and consequences of the expansion of the authority of the constitutional courts to the detriment of other powers, particularly in the control of constitutionality. It is used as a parameter of the analysis role that the Supreme Court has held in recent years here in Brazil. Is faced these questions showing favorable placements and contrary to the existence and activity of the constitutional jurisdiction and questions whether the exercise of jurisdiction by the constitutional courts constitutional presents advantages or risks for democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Constitutional courts, Democracy, Federal supreme court

1 INTRODUÇÃO

Em abril de 2013 a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou, em votação simbólica, a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011, que, dentre outras medidas, aumenta a quantidade mínima de votos exigidos para que os tribunais possam declarar a inconstitucionalidade de uma lei; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. A justificativa, nos termos da proposta, apoia-se, sobretudo, no protagonismo assumido atualmente pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente pelos órgãos de cúpula (BRASIL, 2011, *online*).

A aprovação dessa proposta movimentou o cenário político e jurídico brasileiros, havendo quem afirmasse que havia se instalado uma crise institucional entre os dois poderes – Legislativo e Judiciário. Parlamentares e membros do Poder Judiciário, inclusive do Supremo Tribunal Federal, apressaram-se em fazer declarações públicas apoiando e repudiando, respectivamente, tal proposta. No meio jurídico houve manifestações de todos os lados. Em entrevista ao blog "Os Constitucionalistas", a juíza federal e professora adjunta de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UFRJ) Jane Reis (2013, *online*), afirmou que a "PEC 33" representa uma ameaça à função contramajoritária do Judiciário e enfraquece o sistema de controle de constitucionalidade das leis. Por outro lado, a professora alerta que o Supremo Tribunal Federal não pode ser pensado como um "oráculo" detentor de verdades absolutas, pois isso levaria ao atrofiamento dos órgãos representativos.

Em outra vertente, Bercovici e Lima (2013, *passim*) defendem que a PEC 33/2011 é absolutamente constitucional e não viola a separação dos poderes, como afirmam os opositores da proposta. Para os autores, o que a PEC 33/2011 propõe é "o retorno à situação de destaque [supremacia] do Poder Legislativo", tese essa defendida ao longo do pensamento político moderno. Ademais, ambos defendem que o Poder Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal não só podem, como devem ser controlados.

Por trás desse debate encontra-se o dilema em torno do papel e limites da jurisdição constitucional, sua legitimidade democrática e o protagonismo que os tribunais constitucionais assumem atualmente em detrimento de outros poderes constituídos, mormente

em sede de controle de constitucionalidade[1]. O objetivo deste trabalho é contribuir com esse debate e investigar a expansão da autoridade dos tribunais constitucionais e o protagonismo que eles ocupam atualmente na configuração institucional dos Estados contemporâneos. Utiliza-se como parâmetro de análise o protagonismo que o Supremo Tribunal Federal vem ocupando nos últimos anos aqui no Brasil. Essa expansão da autoridade dos tribunais constitucionais alhures e do Supremo Tribunal Federal aqui no Brasil em detrimento dos demais poderes – Legislativo e Executivo – é objeto de preocupação por parte das comunidades jurídica e política, que temem que esse "deslocamento de poderes" possa trazer riscos para a democracia.

Por trás dessa preocupação colocam-se algumas questões, tais como a necessidade e a importância da jurisdição constitucional na estrutura da separação dos poderes, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e os limites de sua atuação, e, principalmente, as vantagens e os riscos da jurisdição constitucional para a democracia. Enfrentam-se essas questões apresentando posicionamentos favoráveis e contrários à existência e atuação da jurisdição constitucional no âmbito de Estados democráticos como o Brasil.

2 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A ideia de se instituir um órgão destinado a fazer o controle de constitucionalidade das leis surgiu, ainda na França, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Francesa, responsável pela elaboração da Constituição Francesa de 1793. Preocupado com abusos cometidos em nome da soberania popular, proclamada absoluta e ilimitada pela Constituição da França de 1791, os Constituintes franceses apresentaram à

[1] Cumpre fazer, desde já, um esclarecimento de ordem terminológica. Barroso (2008, p. 3) esclarece que as locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas. Para o autor, cuida-se de uma relação de gênero (jurisdição constitucional) e espécie (controle de constitucionalidade). É dizer, a jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional, diretamente, discipline determinada situação da vida, ou indireta, quando a norma constitucional sirva de parâmetro para aferir a validade das leis infraconstitucionais. Neste último caso, aí sim, estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.

Assembleia Nacional "o projeto *Kersaint*", cujo objetivo era criar um mecanismo destinado a realizar o controle de constitucionalidade das leis. (GONÇALVES, 2011, p. 70-71).

Nesse mesmo período o então membro da Assembleia Nacional, Emmanuel Sieyès (1748-1836), propõe a criação de um *Jurie Constitutionnaire*, órgão composto por representantes do povo competente para julgar as reclamações formuladas contra eventuais violações à Constituição. Contudo, a proposta de Sieyès não foi aceita. Suas ideias só foram parcialmente acatadas na Constituição do 22 Frimário do ano VIII, de 1799, e na Constituição de 1852, nas quais o controle de constitucionalidade das leis foi confiado ao *Sénat Conservateur* e ao *Sénat*, respectivamente. Todavia, a inefetividade da instituição foi total, já que o *Sénat* não anulou nenhum ato abusivo e inconstitucional praticado por Napoleão. (TAVARES, 2005, p. 126-130).

Com efeito, o surgimento de um órgão destinado exclusivamente a fazer o controle de constitucionalidade das leis aconteceu em 1867, por intermédio do Tribunal do Império da Áustria, que já naquela época recebera atribuições típicas de um Tribunal Constitucional[2]. Cappelletti (1984, p. 68) destaca que o modelo "[...] foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado [...]" por Hans Kelsen (1881-1973), mestre da Escola jurídica de Viena e criador da Teoria Pura do Direito.

Segundo Vidal (2009, p. 86-87), ao atribuir a "guarda da constituição"[3] a um Tribunal Constitucional, Kelsen "[...] teve a oportunidade de associar, a um só tempo, uma teoria destinada a dar consistência ao ordenamento jurídico (concebida de forma piramidal e hierárquica), à possibilidade de colocá-la em prática [...].". É dizer, a concepção de um Tribunal Constitucional cuja tarefa era conferir a compatibilidade dos atos infraconstitucionais com a Constituição justifica a tese kelseniana de que o ordenamento

---

[2] Vidal (2009, p. 86) ressalta que a revisão judicial dos atos legislativos exercido pelo Tribunal austríaco só era possível dentro de limites bastante estreitos, entendimento corroborado por Tavares (2005, p. 131).

[3] Nesse período é travado um acirrado debate doutrinário envolvendo Hans Kelsen e Carl Schmitt, cuja polêmica gira em torno de saber quem deveria ser o "guardião da Constituição". Para Schmitt, a "guarda da constituição" deveria ser entregue ao Chefe de Estado, porquanto atribuir essa função a um Tribunal Constitucional seria antidemocrático, tendo em vista a transferência das funções políticas do legislador para um corpo de magistrados. Kelsen, por sua vez, alegava que ninguém pode ser juiz em causa própria, logo, refutava a ideia de se atribuir essa função ao próprio Legislativo ou ao Chefe de Estado. (VIDAL, 2009, p. 87).

jurídico é concebido de forma piramidal, e sua Constituição se apresenta como o fundamento de validade das demais normas inferiores.

As características que marcam o modelo austríaco ou europeu de jurisdição constitucional são substancialmente distintas daquelas presentes no modelo norte-americano, surgido, nos Estados Unidos, a partir da doutrina do *judicial review*[4]. Primeiramente, no que concerne ao aspecto subjetivo – que diz respeito ao órgão responsável por exercer o controle de constitucionalidade –, no modelo norte-americano pode ser qualquer órgão do Poder Judiciário, ao passo que, no modelo austríaco, deve ser exercido com exclusividade por um Tribunal Constitucional, situado fora da estrutura do Poder Judiciário[5] e composto por juízes com "elevado conhecimento técnico-jurídico e aguçada sensibilidade política." (VIDAL, 2009, p. 88).

Além disso, na concepção kelseniana ou austríaca a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei não tem natureza declaratória, como ocorre no controle difuso norte-americano, e sim natureza constitutiva, gerando efeitos temporais prospectivos. Isso porque no modelo austríaco a lei considerada inconstitucional não é nula, como ocorre no modelo norte-americano, e sim anulável, reputando-se válida até a sua anulação pelo Tribunal Constitucional.

Por fim, o Tribunal Constitucional, no modelo austríaco, exerce esse controle de constitucionalidade de forma abstrata, ou seja, verificava a compatibilidade de uma lei com a Constituição por meio de um processo objetivo, sem partes, sem "*lide*", ao contrário do que ocorre no modelo norte-americano, cuja questão constitucional é suscitada incidentalmente no

---

[4] A doutrina do *judicial review* resulta de uma "construção pretoriana" em um contexto de extrema tensão política de disputa pelo poder – envolvendo os partidos Federalista e Republicano – logo no início da vida republicana estadunidense. Embora não pioneira, a decisão tomada no caso *Marbury v. Madison* é apontada como o precedente que introduziu, definitivamente, tal doutrina no direito norte-americano e criou as bases para o surgimento da jurisdição constitucional, não só nos Estados Unidos, mas também em outros países. De acordo com a doutrina do *judicial review*, o controle de constitucionalidade das leis poderá ser exercido por qualquer juiz ou tribunal quando chamados a decidir um caso concreto, isto é, confere aos juízes a função de controlar a constitucionalidade das leis, declarando inválida uma lei incompatível com a Constituição. Nesse sentido, o Judiciário apresenta-se como intérprete máximo da Constituição. Para maiores detalhes a respeito da doutrina do *judicial review* e do caso *Marbury v. Madison*, Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-10.

[5] Daí se dizer que o controle de constitucionalidade no modelo austríaco não seria uma função tipicamente jurisdicional, mas uma forma de "legislar negativamente". É dizer, não obstante o Tribunal exercesse uma função formalmente jurisdicional, sua atividade de fato seria materialmente legislativa, já que poderia invalidar as leis aprovadas pelo Poder Legislativo, este, sim, o "legislador positivo". (VIDAL, 2009, p. 89).

bojo de um caso concreto submetido a julgamento[6]. Assim, as decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional geram efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Inicialmente houve dificuldades para a implementação do Tribunal Constitucional e a adesão do modelo em outros sistemas jurídicos. Contudo, foi a partir da Primeira Guerra Mundial que a ideia de instituir um órgão especial para proteger a Constituição ganhou novos adeptos no continente europeu. (TAVARES, 2005, p. 133)[7].

Os avanços foram interrompidos com a eclosão da segunda guerra mundial (1939-1945). De acordo com Marmelstein (2008, p. 10), terminado o conflito, "[...] os juristas europeus, especialmente os alemães, passaram por uma profunda crise de identidade, típica de qualquer fase de transição.". Isso se deu, principalmente, diante da revelação das atrocidades cometidas pelo regime nazista, que havia se utilizado do "positivismo kelseniano" e da "Teoria Pura do Direito", desenvolvida por Hans Kelsen, para justificar seus atos.[8] Verificou-

---

[6] Tavares (2005, p. 131-132) alerta que não é totalmente correto afirmar que o controle de constitucionalidade, no modelo austríaco, encontrava-se totalmente dissociado de casos concretos. Isso porque, segundo o autor, na Constituição austríaca havia a possibilidade de um particular, no bojo de um processo administrativo, alegar que seus direitos constitucionais haviam sido violados por decreto baseado em lei inconstitucional. Nesse caso, após esgotadas as instâncias administrativas a questão poderia ser encaminhada à Corte Constitucional, que a decidiria de forma incidental. Além disso, havia a possibilidade de surgir uma questão constitucional no bojo de um processo comum de competência da Corte Constitucional. Nesse caso, a Corte estava autorizada a suspender o processo e instaurar, *ex officio*, um processo especial destinado a apreciar a questão constitucional.

[7] Vidal (2009, p. 90) aponta como exemplo o Tribunal de Garantias Constitucionais, instituído pela Constituição Espanhola de 1931. Cf., também, Tavares (2005, p. 134-137).

[8] Segundo Barroso (2004, p. 322-323) o positivismo jurídico é decorrente de uma importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, e sua pretensão era criar uma ciência jurídica com características análogas às das ciências exatas e naturais. Buscou-se, com o positivismo jurídico, a objetividade científica, apartando o Direito da moral e de especulações filosóficas. A ciência do Direito, assim, deve fundar-se em juízos de fato e não em juízos de valor. Ainda segundo o autor o positivismo jurídico comporta algumas variações, tendo seu ponto culminante no "normativismo kelseniano", cujas características, dentre outras, são: I) a aproximação entre Direito e norma e a afirmação da estatalidade do Direito, o que, em síntese, significa que Direito é norma, ato emanado do Estado, possuindo caráter imperativo e cogente; II) O ordenamento jurídico não comporta lacunas, havendo, portanto, instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso; e III) a validade da norma decorre do procedimento previsto para sua elaboração, não havendo espaço para questionamentos a respeito de seu conteúdo. É dizer, se a norma fosse formalmente válida, deveria ser aplicada independente de seu conteúdo. Marmelstein (2008, p. 6) destaca que foi principalmente nesta última característica que os nazistas se apoiaram para justificar as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. O autor cita como exemplos o chamado "Ato de Habilitação" (*Ermächtigungsgesetz*) e as denominadas "Leis de Nuremberg", aprovados em 1933 e 1935, respectivamente, como atos formalmente válidos utilizados pelos membros do Terceiro Reich como justificativa para cometer as barbaridades contra os judeus durante o Holocausto.

se, assim, a necessidade de se buscar novas soluções para proteger a dignidade humana contra os abusos do Estado. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 190).

É nesse contexto que surge uma nova corrente jusfilosófica chamada de pós-positivismo, cujo propósito principal era "[...] inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana." (MARMELSTEIN, 2008, p. 11). Segundo Barroso (2004, p. 325-326), a partir da segunda metade do século XX o Direito "[...] já não cabia no positivismo jurídico [...]", e acrescenta:

> O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. (2004, p. 325-326).

Ainda segundo o autor, o que há de novidade nesse novo contexto não é propriamente a existência e o reconhecimento dos princípios pela ordem jurídica, e sim "[...] o reconhecimento de sua normatividade." (BARROSO, 2004, p. 326-327). Com efeito, a partir do pós-positivismo os princípios constitucionais adquirem *status* de norma jurídica e passam a exercer "[...] uma função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico." (MARMELSTEIN, 2008, p. 13). A partir daí a Justiça Constitucional se espalha pelo mundo e passa a ser reconhecida como o instrumento de proteção da Constituição e dos valores nela consagrados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 190).

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ORIGEM, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

No Brasil, após um longo percurso, marcado por avanços e retrocessos, a jurisdição constitucional finalmente adquire relevância, sobretudo a partir do regime inaugurado pela Constituição de 1988, que promoveu um hipertrofiamento das funções conferidas ao Supremo Tribunal Federal, mormente em matéria de controle de constitucionalidade. Isso contribuiu para que o Tribunal, nos últimos anos, passasse a desempenhar um papel de protagonista na vida institucional brasileira. Com efeito, findo o regime militar (1964-1985) inaugura-se um novo momento no constitucionalismo brasileiro.

Dentre as inovações, a Constituição de 1988 ampliou significativamente os instrumentos de proteção judicial[9] e alterou substancialmente o sistema de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. Manteve-se o controle incidental e difuso, a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, reduzindo-se, porém, o âmbito de aplicação do recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, "a", "b" e "c")[10][11]. Manteve-se a representação interventiva (art. 34, VII c/c art. 36, III). Conferiu-se especial atenção à chamada "omissão inconstitucional" ao se criar o mandado de injunção (art. 5º, LXXI c/c art. 102, I, "q") – uma espécie de controle incidental da omissão que visa garantir o exercício de direitos subjetivos obstados pela omissão legislativa ou administrativa – e o processo de controle abstrato da omissão, denominado "Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por omissão" (art. 103, § 2º), buscando garantir, assim, a efetividade da Constituição. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.1051-1053).

Contudo, Mendes (2008, p. 1.053) destaca que a "[...] grande mudança vai-se verificar no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal [...]", e a significativa ampliação do rol de legitimados para propor essa ação (art. 102, I, "a" c/c art. 103). Se antes essa legitimidade ativa recaía exclusivamente sobre o Procurador-Geral da República – que, segundo entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possuía plena discricionariedade para propor ou não a representação de inconstitucionalidade perante a Corte[12] –, com a Constituição de 1988 essa exclusividade desaparece, operando-se uma

[9] O *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII) e o mandado de segurança (art. 5º, LXIX) são alguns desses instrumentos de proteção judicial consagrados pela Constituição de 1988. Mendes (2008, p. 1051-1052) destaca que, não obstante já existissem no Direito brasileiro, a partir de 88 tais instrumentos recebem nova conformação. Outros foram criados como o *habeas data* (art. 5º, LXXII) e o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, "a" e "b").

[10] Com a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988 a competência para julgar os casos de conflito entre o direito estadual e o direito federal ordinário, que antes era do Supremo Tribunal Federal, passou a ser daquele Tribunal (art. 105, III, "b").

[11] A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou a alínea "d" ao art. 102, III, da Constituição de 88, passando o Supremo Tribunal Federal a ter competência para julgar os conflitos federativos que envolvam os entes federativos no que que diz respeito à distribuição de competências legislativas estabelecidas pelo Texto constitucional.

[12] A controvérsia sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas surge ainda sob a égide da Constituição de 1967/69.

grande mudança no exercício do controle de constitucionalidade no Brasil. (BARROSO, 2008, p. 152)[13].

Outra novidade trazida pela Constituição de 1988 foi a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º, cuja formatação e disciplina deveria ser regulamentada por lei[14]. Além disso, resgatou-se o controle de constitucionalidade em âmbito estadual ao se prever que cabe aos Estados, no exercício do Poder constituinte decorrente, a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 1º).

Mais adiante, no bojo de uma reforma tributária de urgência (Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993), foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, "a", 2ª parte, com a redação dada pela EC. nº 3/93), cuja decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, produzirá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º, com a redação dada pela EC. nº 03/93). Vidal (2009, p. 98) destaca que os efeitos conferidos à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) visavam "[...] privilegiar [ainda mais] o método concentrado em detrimento do controle difuso, operando no sentido de uniformizar as decisões em matéria constitucional.".

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, estendeu o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, 2º, com a nova redação dada pela EC. nº 45/2004) e criou a súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A), ampliando ainda mais os poderes da Corte em matéria de interpretação e aplicação da Constituição.

A partir dessa breve análise verifica-se que o regime inaugurado pela Constituição de 1998 (e alterações posteriores) promoveu um hipertrofiamento das funções conferidas ao Supremo Tribunal Federal, mormente em matéria de controle de constitucionalidade. Lima (2009, p. 71-73, grifo do autor) destaca que uma breve análise das funções conferidas ao

---

[13] Para Mendes (2008, p. 1054), essas mudanças (a introdução desse novo sistema de controle abstrato de normas e a ampla legitimação conferida a diferentes órgãos da sociedade no âmbito do controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeterem qualquer questão constitucional ao STF) fortalece a impressão de que, pretendeu o constituinte de 1988 reforçar o controle *abstrato* de normas no ordenamento jurídico brasileiro como forma de corrigir o sistema *incidental* até então vigente e dominante no país.

[14] O instituto, genuinamente brasileiro, só veio a receber conformação legislativa em 3 de dezembro de 1999, quando foi editada a Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF.

Supremo Tribunal Federal a partir de 88 "[...] já demonstra, por si só, a relevância do papel do STF no cenário nacional", e acrescenta que "[...] é notório o *poder* conferido ao STF na estrutura dos três Poderes da República Federativa do Brasil.".

Essa mudança de paradigma inaugurada pela Constituição de 88 e avanço do Poder Judiciário em geral e da Justiça Constitucional em especial sobre o espaço historicamente reservado à política majoritária – exercida pelo Legislativo e Executivo – é conhecido como judicialização da política, que, segundo Barroso (2009, p. 73), "[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais [...]", que são o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Ainda segundo o autor a judicialização da política representa "[...] uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade [...]." (BARROSO, 2009, p. 73). Vieira (2011, p. 333) destaca que diversas são as causas apontadas pelos estudiosos que podem justificar esse fenômeno. Para alguns, a ampliação do papel do direito e do judiciário na vida política dos Estados é uma decorrência da retração do sistema representativo que tem se mostrado incapaz de cumprir suas promessas de justiça e igualdade, valores incorporados na maior parte das constituições contemporâneas. Para outros, a transferência de poder do sistema representativo para o judiciário é, acima de tudo, uma consequência da adoção, pela maior parte dos Estados, de constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade das leis, que tiveram origem nos Estados Unidos.

Em relação ao Brasil, é possível apontar algumas causas dessa "judicialização". Tal análise se faz necessária para melhor compreender o protagonismo do Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos na vida institucional brasileira. A esse respeito vale a pena transcrever as palavras de Barroso:

> A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1998. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos e amplos segmentos da população, que passaram a

> buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil[15]. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. (2009, p. 73). (grifo do autor).

A segunda causa apontada pelo autor é denominada por ele de "constitucionalização abrangente", uma tendência mundial, iniciada com as Constituições Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978, mas que foi potencializada no Brasil com a Constituição de 1998. Barroso (2009, p. 73-74) observa que a Constituição brasileira de 1988 "[...] é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador.". Matérias que antes recebiam conformação por parte do legislador ordinário passaram a fazer parte dos textos constitucionais. Corroborando com esse entendimento, Vieira (2011, p. 338, grifo do autor) destaca que a Constituição de 1998, de forma ambiciosa, "[...] transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas numa espécie de *compromisso maximizador*", e acrescenta que esse processo, denominado por muitos de constitucionalização do direito[16], criou "[...] uma enorme esfera de tensão constitucional e conseqüentemente gerou uma explosão da litigiosidade constitucional.".

Barroso (2009, p. 73) aponta, ainda, uma terceira causa da judicialização verificada no Brasil que está relacionada ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, segundo o autor, um dos mais abrangentes do mundo. Esse tema – a expansão da jurisdição constitucional no Brasil e o consequente hipertrofiamento das funções atribuídas ao Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade – já foi tratado quando se abordou a evolução do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro. Interessa, agora, analisar, ainda que brevemente, o desenho institucional do

---

[15] No que concerne à expansão da Defensoria Pública pelo País, a observação do autor deve ser vista com ressalvas. Em 17.03.2013 o programa "Fantástico", da Rede Globo, exibiu matéria intitulada "Falta de defensores públicos afeta milhares de brasileiros" em que denunciava a ausência de Defensorias Públicas na maior parte das comarcas do Brasil, destacando ainda a importância da Defensoria Pública no acesso à justiça por parte da população carente.

[16] Para uma melhor compreensão sobre a constitucionalização do direito, Cf., especialmente, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord.). **A constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Supremo Tribunal Federal definido pela Constituição de 1988 para se compreender o papel de proeminência que a Corte ocupa no cenário atual.

Vieira (2011, p. 338) explica que o constituinte de 1988, preocupado "[...] em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião da constituição.". Para tanto, foram-lhe atribuídas funções que transcendem as de um típico Tribunal Constitucional. Com efeito, além da competência para processar e julgar as causas que, de fato, envolvem controvérsias constitucionais – por meio das várias ações diretas que fazem parte do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em especial a ação direita de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, I, "a" e § 1º, respectivamente) –, o Supremo possui a difícil função de atuar como "foro especializado", já que lhe compete julgar criminalmente altas autoridades da República (art. 102, I, "b" e "c")[17], bem como processar e julgar originalmente uma enorme quantidade de *habeas corpus*, mandados de segurança, *habeas data* (art. 102, I, "d"), mandados de injunção (art. 102, I, "q") quando tais ações são interpostas em face de determinadas autoridades do alto escalão da República.

Além disso, o Tribunal funciona como "um tribunal de apelação de última instância judicial", já que lhe compete reexaminar, mediante recurso extraordinário (art. 102, II), milhares de casos decididos pelos tribunais inferiores, o que se justifica pela coexistência dos modelos difusos e concentrado no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. (VIEIRA, 2011, p. 338-342).

Tudo isso contribui para que o Supremo Tribunal Federal passe a ocupar um papel de destaque na vida institucional brasileira e acarreta uma expansão de sua autoridade em detrimento dos demais poderes. A esse respeito Vieira alerta:

> A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal

[17] No final de 2012 todas as atenções estavam voltadas para o julgamento da Ação Penal nº 470, conhecida como "julgamento do Mensalão". Nas redes sociais o relator do caso, Ministro Joaquim Barbosa – que votou pela condenação de quase todos os envolvidos –, era visto como um herói pelos internautas, que o aclamavam com publicações do tipo "Joaquim Barbosa para presidente". Isso demonstra a percepção da opinião pública sobre o papel do STF e de seus ministros no cenário político atual. No ano seguinte ao julgamento do "Mensalão", o Ministro Joaquim Barbosa apareceu pela primeira vez na lista das cem personalidades mais influentes do mundo divulgada pela revista norte-americana *Time* – edição 2013.

> Federal, ocorrida ao longo dos últimos vintes anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de nº 3/93, e nº 45/05, bem como pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. (2011, p. 335, grifo do autor).

Essa expansão da autoridade do STF em detrimento dos demais poderes é objeto de preocupação por parte dos estudiosos no assunto que temem que esse deslocamento de poderes possa trazer riscos para a democracia brasileira. Nesse sentido, algumas críticas e objeções são dirigidas ao Tribunal. A maior parte dessas críticas giram em torno da necessidade e importância da jurisdição constitucional exercida pelo STF na estrutura da separação dos poderes, sua legitimidade democrática, os limites de sua atuação, as vantagens e riscos da jurisdição constitucional para a democracia e, principalmente, o tensionamento entre democracia e constitucionalismo em um Estado Democrático de Direito. É o que se passa a tratar a partir de agora.

4 CRÍTICAS E OBJEÇÕES À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: RISCOS OU POSSIBILIDADES PARA A DEMOCRACIA?

Diversas são as objeções dirigidas à jurisdição constitucional. Vidal (2009, p. 28) destaca duas: a primeira é identificada pela doutrina norte-americana como "dificuldade contramajoritária", que consiste em questionar a competência que é conferida aos juízes para invalidar atos dos outros dois Poderes – Executivo e Legislativo. Argumenta-se que juízes – que não são eleitos pelo voto popular – "[...] não deveriam ter competência para negar aplicação a atos legitimados pela escolha popular, haja vista que os membros do Executivo e do Legislativo, além de ungidos pela vontade popular [...]", sujeitam-se a controle e responsabilização a ser exercido pelos próprios membros da comunidade que representam. Tal controle popular não recai sobre os membros do Poder Judiciário. Isso fica ainda mais evidente em relação aos juízes constitucionais (membros dos tribunais constitucionais).

Assim, de acordo com os adeptos da corrente que levanta a "dificuldade contramajoritária", a jurisdição constitucional representa um risco para a democracia.

A esse respeito, vale a pena transcrever as críticas de Lima dirigidas às Cortes constitucionais:

> A despeito dos pontos favoráveis às cortes constitucionais, de sua função em sociedades egressas de experiências autoritárias e totalitárias [como é o caso do Brasil], um aspecto não pode ser ignorado, permanecendo como se não existisse: as cortes constitucionais ultrapassam o texto constitucional, comprometendo o teor democrático da concepção de separação de poderes e, mais grave, substituindo o poder constituinte. Esta ultrapassagem é inerente à atividade de controle da constitucionalidade, não interessando aqui quem o exerça. Neste ponto, surge o dilema: por um lado, o controle da constitucionalidade de atos e leis é precioso instrumento para o funcionamento razoável da separação de poderes e mesmo para garantia contra abusos de quem tem o poder; sob outro ângulo, entretanto, o exercício desta atividade realizado por quem não possui legitimidade popular alguma não satisfaz os requisitos de uma teoria da democracia, na medida em que a composição das cortes não é produto da apreciação direta do povo, mas sim um resultado da escolha dos representantes[18]. Por este modo de ver, as cortes constitucionais – nos dias de hoje – chamadas diariamente à agenda política das sociedades, transformam-se em autênticos *policy makers*, constroem decisões sobre temas polêmicos nas sociedades, os quais permanecerão por muito tempo em vigor (em muitos casos, esta vigência supera aquelas da lei). O que incomoda, e, talvez, por isso mesmo seja silenciado, é que, novamente, os membros destas cortes não passam pelo crivo de uma eleição direta e, discursivamente, não se sentem obrigados à satisfação ao mesmo povo para o qual também governam. (2003, p. 203-204).

Em sentido contrário, Grimm traz um argumento que visualiza na não eleição de juízes constitucionais um ponto positivo:

> Os políticos atuam num ambiente competitivo. O que conta nesse ambiente é o sucesso político e, em última análise, a vitória eleitoral. Tal situação cria uma inclinação para submeter os ditames constitucionais às necessidades políticas – não no sentido de que a constituição é simplesmente posta de lado –, mas no sentido de que a constituição é interpretada no sentido que mais favorece aos propósitos políticos; em contraste, as cortes operam sob um código diferente. Elas não perseguem um plano político e normalmente seus

[18] No Brasil, conforme dispõe o Texto constitucional, os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único). A respeito dos questionamentos que são levantados ao processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de, **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 63-69.

> membros não dependem de reeleição[19]. As cortes são, igualmente, especializadas em jurisdição constitucional. O Direito é a sua primeira preocupação. A autonomia e a independência dos Tribunais relativamente aos atores políticos permite que as cortes determinem o significado de determinado texto legal através de um critério profissional, que não seja afetado por programas políticos ou imperativos ditados por eleições contra outros candidatos. É por essas razões que, num determinado conflito constitucional, é mais provável que a intenção da constituição prevaleça e não aquelas intenções dos políticos (2011, p. 33).

De acordo com o raciocínio supracitado, a ausência de uma jurisdição constitucional em uma democracia faz com que o Político prevaleça sobre o Direito e os conflitos sobre a compatibilidade de um ato estatal com a constituição sejam decididos a favor da maioria. Por conseguinte, os direitos das minorias ficam sem proteção e o consenso casual (ditado pelas maiorias ocasionais) prevalece sobre o consenso histórico (obtido no momento constituinte) (GRIMM, 2011, *passim*).

Ainda no que concerne à "dificuldade contramajoritária", Barroso (2009, p. 79) apresenta um argumento de natureza filosófica que busca justificar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Para o autor, em um Estado constitucional democrático, como é o caso do Brasil, convivem duas ideias, aparentemente conflitantes, mas que, na verdade, se completam, quais sejam: constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo está ligado à ideia de limitação do poder e garantia de direitos e democracia relaciona-se à ideia de soberania popular. Entre essas duas ideias podem surgir situações de conflito e tensão.

Em razão disso a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis, quais sejam: definir as regras do jogo democrático, assegurando ampla participação política, alternância no poder e governo da maioria (ideal democrático) e, ao mesmo tempo, proteger valores e direitos fundamentais, mesmo quando tal proteção se der em face da vontade da maioria (ideal do constitucionalismo). Disso resulta que, como é reservado ao Supremo Tribunal Federal o papel de intérprete final da Constituição cabe-lhe "[...] velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um forum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes [...]", sejam elas ideológicas, políticas ou religiosas. (BARROSO, 2009, p. 79).

---

[19] No Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, depois de nomeados e empossados só deixam de exercer o cargo voluntariamente ou mediante aposentadoria compulsória, neste último caso ao atingirem setenta anos de idade.

Uma segunda objeção apontada por Vidal (2009, p. 28) e que, de certa maneira, está ligada à primeira "[...] diz respeito ao traço de definitividade das decisões dos órgãos judiciários e dos tribunais constitucionais [em especial] em relação às demais instituições políticas [...]", haja vista que, diante do caráter vinculante e definitivo de tais decisões, estas só podem ser revistas, quando possível, mediante emendas à Constituição[20]. Vale dizer, sobre os tribunais constitucionais recai o risco de "errar pela última vez". No tocante à possibilidade do "risco de erro" por parte da jurisdição constitucional Grimm (2011, p. 35) assim se manifesta:

> Enquanto é verdade que a jurisdição constitucional pode fortalecer a democracia, isto não significa que não apresente riscos. Esses riscos, para ser preciso, não se referem à possibilidade de decisões equivocadas. Todo sistema político conhece instituições que têm a última palavra em determinado assunto e por isso convivem com o risco do "erro". Enquanto seja possível deixá-las à margem por meio de procedimentos institucionais, não há como evitá-las completamente. A Corte Constitucional alemã deve a sua existência e seus amplos poderes ao passado de abuso pelo Legislativo do seu poder de ser a última instância. Ademais, o risco para a democracia reside na falta de controle democrático. Afinal, o Judiciário pode afastar a vontade dos representantes do povo eleitos sem gozar de legitimidade democrática e sem ser igualmente responsável perante o povo. Isso é verdade mesmo nos países onde os juízes são eleitos e não indicados[21].

Assim, para o autor, o "risco de erro" é inerente a qualquer sistema político. Já Moreira (2013, *online*) critica que a "[...] afirmação muitas vezes repetida e pronunciada como 'mantra' pelos juristas no Brasil" de que "Cabe ao STF errar por último" blindaria as decisões da Corte à críticas, tornando-as inquestionáveis. Segundo ele, essa posição indica "[...] clara supremacia judicial, resultando em protagonismo do sistema de justiça sobre os poderes políticos.". No mesmo sentido, Bercovici e Lima (2013, p. 792) afirmam que o instituto da súmula vinculante (art. 103-A, da CF/88) é uma evidência da "[...] pretensão do Supremo Tribunal Federal de revestir-se na condição de soberano, como se fosse o único corpo político a deter a última palavra sobre quase tudo.".

---

[20] Tal "revisão" já ocorreu no Brasil quando o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 57, de 18 de Dezembro de 2008, para convalidar atos violadores do artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, anteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de diversas ADIs propostas perante do Tribunal (ADIs nº 3.316/MT, DJ de 26/06/2007; 2.240/BA, DJ de 03/08/2007; 3.489/SC, DJ 03/08/2007, dentre outras).

[21] Vale destacar que Dieter Grimm é Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, *Master of Laws* pela Universidade de Harvad e ex-juiz do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha.

Sob outra perspectiva, Vieira (2011, *passim*) traz dois exemplos, obtidos a partir de julgamentos proferidos recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, que demonstram que o Tribunal, em algumas ocasiões, não demonstra nenhuma deferência para com o legislador ordinário, não se furtando em substituir, se for o caso, as decisões do Parlamento pela sua; e que em outras tem se afastado de sua função de legislador negativo, idealizada por Kelsen no início do século XX.

O primeiro exemplo refere-se ao julgamento sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança (ADI nº 3.510). Afora os aspectos relacionados à relevância do tema, à repercussão e à cobertura do caso, Vieira (2011, p. 344) chama atenção para um aspecto do julgamento que merece ser destacado e que diz respeito "[...] à naturalidade com que o Supremo se colocou para avaliar a escolha política substantiva, no caso, com ampla repercussão moral, previamente realizada pelo legislador ordinário.". Explica o autor que tal questão foi levantada na tribuna pelo então advogado Luís Roberto Barroso, na condição de *amici curiae*[22], que alegou que a Lei da Biossegurança foi aprovada por ampla maioria do Congresso Nacional "[...] após um amplo processo de consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, onde foram ouvidas as diversas posições da sociedade brasileira." (VIEIRA, 2011, p. 344).

Nas palavras do próprio Barroso:

> [...] O Congresso Nacional, por 96% do Senado e 85% da Câmara dos Deputados, aprovou a lei com o apoio de todos os partidos políticos, inclusive os principais partidos políticos, PT, PSDB, PMDB e o então PFL. Todas as entidades científicas relevantes apoiam a lei e defendem as pesquisas: A Sociedade Brasileira Para o Progresso da Ciência, a Academia Brasileira de Ciências, A Federação das Sociedades Brasileiras de Biologia Experimental, as diferentes fundações de apoio à pesquisa no âmbito dos Estados, toda a comunidade científica apoia [a lei], as entidades que representam as pessoas portadoras de deficiência física, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência e outras entidades, apoiam a lei, defendem a lei; todos os órgãos de imprensa, inclusive em editoriais, defendem a lei; a opinião pública, por mais de 75% conforme apuração do IBOPE, defende a lei [...] (2012, *online*)[23].

---

[22] Luís Roberto Barroso atuou como *amici curiae* em nome do "Movimento em prol da vida", que congrega cientistas e portadores de deficiência e da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

[23] Para conhecer todos os argumentos apresentados por Luís Roberto Barroso em favor da Lei de Biossegurança, bem como para uma melhor compreensão de todos os aspectos que envolveram o julgamento da ADI nº 3.510, Cf., BARROSO, Luís Roberto. Pesquisas com Células-Tronco

Afora isso não havia no caso, segundo o advogado Barroso, manifesta inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança, razão pela qual não era legítimo que o Supremo Tribunal Federal substituísse a vontade do legislador pela sua. Não obstante a razoabilidade dos argumentos do *amici curiae*, antes de iniciar seu voto a Ministra Carmem Lúcia (2008, *online*) os refutou de forma peremptória, alegando que "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", e arrematou: "É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento.". Já para Vieira:

> O que ficou claro [nesse aspecto do julgamento] é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores (2011, p. 344)[24].

O outro exemplo trazido por Vieira, mas que dessa vez demonstra que o Supremo tem se afastado de sua função de "legislador negativo", refere-se à hipótese de perda do mandato parlamentar em caso de infidelidade partidária. Em 12 de novembro de 2008, por nove votos a dois, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral (ADIs nºs 3.999 e 4.086), editada a partir da Consulta nº 1.398[25][26], formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL) – atual

---

Embrionárias e Interrupção da Gestação de Fetos Anencefálicos: Vida, Dignidade e Direito de Escolha. In: SARLET, Ingo Wolfgang, SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 255-287.

[24] Não obstante essas objeções, o Supremo Tribunal Federal declarou, por seis votos a cinco, a constitucionalidade das pesquisas com células–tronco embrionárias. Contudo, ainda houve uma movimentação por parte dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Ferreira Mendes no sentido de condicionar as pesquisas a uma prévia autorização e aprovação de um órgão central de controle – "Comitê Central de Ética e Pesquisa" –, vinculado ao Ministério da Saúde, buscando, assim, que o Tribunal produzisse uma espécie de sentença com caráter aditivo. Tal proposta foi rejeitada. (BARROSO, 2011, p. 283-284).

[25] Com efeito, a Resolução nº 22.610/07 foi editada em obediência a uma recomendação feita pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26602, 26603 e 26604, impetrados, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Democratas (DEM) em face do Presidente da Câmara dos Deputados diante da sua relutância em cumprir a decisão formulada na Consulta nº 1.398.

[26] A Consulta formulada Pelo Partido da Frente Liberal consistia da seguinte indagação: "Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver

Democratas (DEM). Na resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à referida Consulta o Tribunal "[...] decidiu que os mandatos obtidos nas eleições, pelo sistema proporcional (deputados estaduais, federais e vereadores), pertencem aos partidos políticos ou às coligações e não aos candidatos eleitos" (BRASIL, 2008, *online*)[27].

Para Vieira (2011, p. 347), com essas decisões os Tribunais criaram uma nova hipótese de perda de mandado parlamentar, fora das hipóteses previstas no art. 55 na Constituição[28] e isso pode gerar um problema institucional sério, qual seja: "[...] a decisão tomada pelos dois tribunais é decorrência de um processo de interpretação constitucional ou tem ela caráter legislativo (no caso específico: de natureza constitucional)?", questiona o autor. Vale dizer, o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal estariam agindo como poder constituinte reformador? Para Vieira a resposta é afirmativa. No mesmo sentido Gonçalves (2011, p. 422) afirma que não obstante a fidelidade partidária ser uma questão fundamental para a democracia, já que aperfeiçoa o sistema democrático na medida em que preserva a expectativa do eleitor, "[...] na tentativa de aprimorar a democracia, o STF foi longe demais", já que ao fazer uma "interpretação criativa" o Tribunal "[...] deu ensejo a uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, posicionando-se como um verdadeiro legislador positivo e promotor da reforma política."[29].

---

pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?".

[27] Eis o teor da resposta à Consulta nº 1.398: "CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS. CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PARTIDO. VAGA. AGREMIAÇÃO. **RESPOSTA AFIRMATIVA**." (grifo nosso).

[28] "Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado [...].".

[29] No voto que proferiu no julgamento do MS 26.603/DF o relator do caso, Ministro Celso de Mello, destacou que a exigência de fidelidade partidária decorre do próprio sistema representativo consignado na Constituição de 1988, e que o art. 55 traz um rol taxativo das hipóteses de perda do mandato parlamentar; contudo, as hipóteses ali previstas possuem um caráter punitivo, o que não ocorre na hipótese de perda do mandato por infidelidade partidária, mas antes se apresenta tão somente como um direito subjetivo do partido ao mandato. Acompanharam os votos do relator os Ministros Menezes Direito, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie e Cármen Lúcia. Por outro lado, com voto vencido, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que: "[...] o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção **deliberada** de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior [art. 152, § 5º da Constituição de 1969, com a redação dada pela EC nº 11, de 1978], que previa a perda do mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição [de 1988], por dizer de maneira **exaustiva**

Conforme se verifica, diversas são as críticas e objeções dirigidas à existência e aos limites da jurisdição constitucional e os riscos que o seu exercício pode trazer para a democracia[30]. Por outro lado, verifica-se posições favoráveis. Subjacente a esse debate entre os opositores e defensores da jurisdição constitucional exercida pelos tribunais constitucionais está um velho dilema: a tensão entre constitucionalismo e democracia, as duas principais matrizes do pensamento político moderno. Ao tratar dessa tensão Vidal (2009, p. 26), com apoio no pensamento de Canotilho, vai afirmar que "[...] a Constituição vem sendo confrontada, enquanto conjunto de normas vinculativas, como 'o paradoxo da democracia' [...].". Em outra passagem o autor afirma que a natureza paradoxal dessa tensão foi designada por Frank Michelman como "o problema de Rousseau", e explica: "[...] a sociedade politicamente organizada deve proteger o indivíduo e seus bens (papel do constitucionalismo) e estar regulada por normas jurídicas elaboradas com a participação de todos os associados (ideal democrático)." (VIDAL, 2009, p. 27).

Por outro lado, Grimm (2011, p. 30) afirma que não há nem uma contradição nem uma relação necessária entre jurisdição constitucional e democracia, contudo, ressalta que é inconcebível, atualmente, uma constituição sem um mínimo de direitos e garantias reconhecidas e que o reconhecimento de tais direitos "[...] não elimina o caráter democrático de uma constituição fundada na soberania popular."[31].

Com efeito, surge no constitucionalismo do segundo pós-guerra uma nova forma de Estado, denominado Estado Democrático de Direito, que vai buscar "[...] realizar o equilíbrio entre os modelos liberal e social de Estado [...]" apresentando-se como uma síntese dialética desses dois modelos (VIDAL, 2009, p. 51). Nesse novo modelo o Estado não deve "[...] limitar-se a ser apenas um Estado de Direito, mas [...] também estruturar-se como uma

---

quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu esta Corte diversas vezes" (grifo nosso) (2007, *online*). Acompanharam o entendimento de Joaquim Barbosa os Ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

[30] Lima (2003, *passim*) aponta uma série de outras críticas à jurisdição constitucional, dentre elas: o "perfil monárquico" do Poder Judiciário, a ausência de uma cultura política democrática entre os membros do Poder Judiciário, notadamente entre os integrantes do segundo grau de jurisdição, a politização da justiça etc. Para o autor, o Judiciário, muitas vezes, se apresenta como um instrumento da governabilidade em detrimento da democracia.

[31] Grimm (2011, p. 31) esclarece, ainda, que a existência da jurisdição constitucional não é uma condição necessária à democracia e aponta como exemplos o Reino Unido e a Holanda que não adotam o controle judicial de constitucionalidade, porém, ninguém duvida do caráter democrático desses Estados.

ordem de domínio legitimada pelo povo, na qual o poder fosse organizado e exercido em termos democráticos." (VIDAL, p. 51)[32].

Verifica-se, assim, que "[...] o compromisso assumido pelas democracias constitucionais do pós-guerra é um compromisso paradoxal, marcado pela tensão permanente e insolúvel entre seus núcleos vitais" – constitucionalismo e democracia ou Estado de Direito e soberania popular. (GONÇALVES, 2011, p. 161-162). Por outro lado Vidal (2009, p. 52), ainda com apoio na doutrina de Canotilho, adverte que essa tensão entre constitucionalistas e democratas não passa de um mito.

Nas palavras do próprio Canotillho:

> [...] no fundo, a proclamada tensão entre "constitucionalistas" e "democratas", entre Estado de direito e democracia, é um dos "mitos" do pensamento político moderno. Saber se o "governo de leis" [Estado de Direito] é melhor que o "governo de homens" [democracia] ou vice-versa é, pois uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo *sob* leis e *através* de leis. É basicamente, um governo de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral, nacional e internacional (2003, p. 231, grifo do autor).

No mesmo sentido Streck afirma que:

> Na verdade, a afirmação da existência de uma "tensão" irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão quem vem abordada em autores como Dworkin, *para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais* (2011, p. 76, grifo do autor).

---

[32] Vidal (2009, p. 51) esclarece, por oportuno, que esse novo modelo de Estado surge a partir da necessidade de intervenção do Estado na economia cujo objetivo era salvar a economia capitalista da crise por qual passava nas primeiras décadas do século XX. Já Gonçalves (2011, p. 160) destaca que o Estado Democrático de Direito surge, também, da necessidade de se conciliar constitucionalismo e democracia, já que se verificou, a partir dos acontecimentos trágicos cometidos pelos regimes totalitários durante a Segunda Guerra Mundial, que o Estado Legislativo e a crença cega na lei, que era nutrida em solo europeu desde o século XVIII, representavam um risco para as garantias individuais. Percebeu-se que tanto uma democracia sem as garantias do constitucionalismo quanto o constitucionalismo sem democracia podem resultar em verdadeiras catástrofes humanitárias. Assim, nas palavras da autora: "Restou comprovado que uma democracia sem as garantias dos direitos fundamentais não é uma democracia, e que os direitos fundamentais só estão protegidos em regimes verdadeiramente democráticos, de modo que a interdependência entre ambos é a única forma de realizá-los".

Percebe-se, assim, que o Estado contemporâneo assenta-se sobre duas ideias aparentemente contraditórias. Contudo, essa oposição entre jurisdição constitucional e democracia não é irreconciliável já que, conforme destaca Souza Neto (2010, p. 4) "[...] não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais", e acrescenta: "Quando as cortes constitucionais os garantem contra a vontade da maioria ou diante da sua inércia, não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para sua plena realização." (2010, p. 4).

Portanto, conforme adverte Vidal (2009, p. 33), a questão principal dessa oposição entre jurisdição constitucional e democracia já não é tanto quanto à admissibilidade e a necessidade da primeira, mas principalmente sobre "[...] o alcance e profundidade de sua atuação, frente ao princípio da maioria, enquanto marco fronteiriço para a atuação do juiz constitucional.". Ou como diz Grimm (2011, p. 33): "[...] a decisão pró ou contra a jurisdição constitucional não é de princípio, mas de natureza pragmática.". Em outras palavras, a controvérsia em torno da jurisdição constitucional no âmbito de regimes democráticos não diz respeito propriamente à sua existência e admissibilidade, e sim ao modo como é exercida pelos tribunais constitucionais, mormente em sede de controle de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES

Inicialmente, abordou-se o surgimento do controle concentrado de constitucionalidade e a criação dos tribunais constitucionais. Verificou-se que a ideia de se instituir um órgão destinado a fazer o controle de constitucionalidade das leis surgiu ainda na França, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Francesa, responsável pela elaboração da Constituição Francesa de 1793. Contudo, o surgimento de um órgão destinado exclusivamente a fazer o controle de constitucionalidade das leis se deu somente em 1867, por intermédio do Tribunal do Império da Áustria, mas que o modelo só foi efetivamente posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920.

Inicialmente houve dificuldades para a implementação de tribunais constitucionais e a adesão do controle concentrado de constitucionalidade por outros sistemas jurídicos, mormente no continente europeu. Com o fim da segunda guerra mundial e a revelação das atrocidades cometidas durante o conflito contra os direitos humanos pelas "ditaduras nipo-nazi-fascistas", superou-se as antigas resistências ao controle judicial de constitucionalidade e

os Estados perceberam a importância de se instituir cortes constitucionais para proteger a dignidade da pessoa humana contra tais violações.

Constatou-se que, no Brasil, após um longo percurso, marcado por avanços e retrocessos, a jurisdição constitucional finalmente adquiriu relevância a partir do regime inaugurado pela Constituição de 1988, que promoveu um hipertrofiamento das funções conferidas ao Supremo Tribunal Federal, mormente em matéria de controle de constitucionalidade. Isso contribuiu para que o Tribunal, nos últimos anos, passasse a desempenhar um papel de protagonista na vida institucional brasileira.

Esse avanço do Poder Judiciário em geral e da Justiça Constitucional em especial sobre os espaços historicamente reservados aos outros poderes – Executivo e Legislativo – é conhecido como "judicialização da política". Dentro dessa abordagem, constatou-se que diversas são as causas apontadas pelos estudiosos que podem justificar esse fenômeno. Para os fins do presente trabalho, apontou-se algumas causas e consequências do fenômeno aqui no Brasil.

A partir dessa investigação, colocaram-se as seguintes questões: (i) a necessidade e a importância da jurisdição constitucional na estrutura da separação dos poderes; (ii) a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e os limites de sua atuação; (iii) e, principalmente, as vantagens e/ou riscos da jurisdição constitucional para a democracia. Enfrentaram-se essas questões apresentando posicionamentos favoráveis e contrários à existência e atuação da jurisdição constitucional no âmbito de regimes democráticos e questionou-se se o exercício da jurisdição constitucional pelos tribunais constitucionais apresenta possibilidades ou riscos para a democracia.

Em conclusão, defende-se que a controvérsia em torno da jurisdição constitucional no âmbito de regimes democráticos não diz respeito propriamente à sua existência, admissibilidade ou necessidade, mas sim aos limites de seu exercício pelos tribunais constitucionais, mormente em sede de controle de constitucionalidade. Acredita-se, portanto, que a oposição entre jurisdição constitucional e democracia não é irreconciliável e que uma "jurisdição constitucional democrática" deve ser pautada por uma autocontenção e deferências para com os demais poderes constituídos.

.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Células-tronco: Sustentação oral do Profº Luís Roberto Barroso – Parte 1**, 2012. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=HYiPgoRmMLo>. Acesso em: 17 maio de 2013.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar. v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011**. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, set./dez. 2013, p. 785-801.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, ano LXVI, nº 089, quinta-feira, 26 de maio de 2011. Brasília, DF. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAI2011.pdf#page=212>. Acesso em: 17 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal:** Voto Ministra Cármen Lúcia. Jurisprudência: Inteiro teor de Acórdãos, 29 de maio 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF confirma constitucionalidade de Resolução do TSE sobre fidelidade partidária**, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26.603-1 Distrito Federal:** Voto Ministro Joaquim Barbosa. Jurisprudência: Inteiro teor de Acórdãos, 04 de out. 2007.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 13 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 6 n. 21, jan./dez. 2011. p. 25-44.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-261.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Luiz. **Judicialização da política no Brasil**. *Le Monde diplomatique* Brasil, 01 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.phd?id=1364>. Acesso em: 05 abril 2015.

REIS, Jane. **“O Supremo não é oráculo”.** Os constitucionalistas, 13 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/jane-reis-o-supremo-nao-e-oraculo>. Acesso em: 17 maio 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea**: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: Jus Podivm, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v.6 n.21, jan./dez. 2011. p. 331-351.