

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA ALÉM DO MITO DO LEGISLADOR NEGATIVO: CONCREÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JUDICIAL REVIEW OTHER THAN THE MYTH OF NEGATIVE LEGISLATOR: CONCRETION OF CONSTITUTIONAL PROJECT AND CITIZENSHIP IN RULE OF LAW

Rafael Tomaz de Oliveira¹

Ricardo dos Reis Silveira²

RESUMO

As presentes reflexões têm por objeto o debate teórico a respeito do papel reservado à jurisdição constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. Pretendeu-se demonstrar que as atuais atribuições do poder judiciário o colocam no ponto mais delicado da esfera de tensão entre os demais poderes. Seu poder contramajoritário de proteção dos direitos fundamentais confere-lhe uma relevância acentuada na tarefa de concreção do projeto constitucional. Esse, até certo ponto, protagonismo judicial não autoriza, porém, ativismos judiciais episódicos, descolados do âmbito de aplicação da Constituição e dos direitos fundamentais. Procurou-se, ainda, enfrentar as questões derivadas desse eixo temático a partir do binômio conceitual *procedimentalismo/substancialismo*, no sentido de demonstrar que, em ambos os casos, sem embargo das diferenças teóricas, têm-se uma especial preocupação com a jurisdição constitucional em sua tarefa de proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Estado democrático de direito. Concreção da Constituição. Cidadania.

ABSTRACT

These reflections have for its object the theoretical debate about the role of judicial review in the rule of law. It was intended to demonstrate that the current duties of the judiciary place on the most delicate point between the other powers. Your power to protect fundamental rights against possible majorities confers a strong relevance to the task of concretion of the constitutional project. This judicial role, however, not authorizes judicial activism, hipsters from the scope of the Constitution and fundamental rights. The main theme have approach in

¹ Doutor e mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP-SP; líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) “Constituição, Hermenêutica e Fundamentação dos Direitos Coletivos”.

² Doutor e mestre em Filosofia pela UFSCAR; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP-SP; professor da UNIFEB-Barretos.

questions derived from the conceptual binomial proceduralism/substantialism in order to demonstrate that, in both cases, notwithstanding the theoretical differences, has become a particular concern the role of the judicial review in its task of protecting the fundamental rights.

Keywords: Judicial review. Rule of law. Constitutional interpretation. Citizenship.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A TENSÃO ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – BASES PARA COMPREENSÃO DO MITO E SUA SUPERAÇÃO

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições...! Assim proclamou Paulo Bonavides – um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros – o advento de um novo tipo de experiência constitucional vivenciada pela Europa continental a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.³ De um modo muito similar, Jorge Miranda *apud* Streck (2004) indicou esse novo modelo de constitucionalismo como um tipo de *revolução* no âmbito da teoria do direito e da dogmática jurídica, similar àquela propiciada por Copérnico quando ofereceu uma alternativa científica ao modelo astronômico de Ptolomeu: tal como a terra cedeu lugar ao sol como o centro de nosso sistema planetário, os Códigos cederam lugar às Constituições como o centro do sistema jurídico. Falava, então, o professor português de uma *revolução copernicana* do direito público (MIRANDA *apud* STRECK, 2004). Ambos os autores atestavam o fato de que, a partir da segunda metade do século XX, as Constituições deixaram para trás sua tradicional concepção que atribuía a ela a estrita função de realizar a conformação política do Estado, estabelecendo um procedimento para produção legislativa e dos demais atos do Poder público, tornando-se *juridicamente* vinculante, passando a prever um rol de direitos fundamentais que determinavam os conteúdos desta mesma produção normativa. Vale dizer – na formula consagrada por Konrad Hesse (1991), as Constituições do Segundo Pós-Guerra, mais do que simples *folhas de papel*, como queria Ferdinand Lassalle, possuem *Força Normativa*, vinculando diretamente as relações entre sociedade e Estado.

Porém, se não é possível dizer que essa descrição está errada, por outro lado, é correto afirmar que ela encerra uma meia verdade: descreve o ambiente vivenciado pela Europa Continental (principalmente no que tange a países como Itália, Alemanha, Espanha e Portugal), mas deixa de mencionar – para não dizer que exclui – a experiência do constitucionalismo

³ (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004.

estadunidense, que convive com um constitucionalismo jurídico (portanto, com uma concepção normativa de Constituição) desde o célebre Aresto de Marshall, em 1803, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*. Ademais, também a discussão sobre a interpretação judicial dos chamados “direitos abstratos” aparece como pauta constante da doutrina constitucional estadunidense desde o século XIX.⁴

De toda sorte, é certo que a experiência constitucional vivenciada por diversos países da Europa continental nos anos que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial representou uma novidade para teoria jurídica predominante até então.

Essa novidade acarretou uma *valorização do jurídico*, com o deslocamento do Poder Judiciário (e do Direito), para o centro da esfera de tensão entre os demais poderes. Ou seja, há um deslocamento da tradicional teoria da separação de poderes e o *Judiciário assume (ou deveria assumir) o caráter transformador que tem o Direito no interior do paradigma emergente do Estado Democrático de Direito*. Trata-se aqui do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na atividade da Justiça Constitucional, colocando em pauta o debate contemporâneo a respeito do papel dos Tribunais no interior deste modelo de Estado. Afinal, qual é a relação entre Direito e política? Qual é o papel da jurisdição constitucional no equacionamento deste tormentoso relacionamento? É possível falar em *judicialização da política*? (VIANNA *et al*, 1999).

Por certo, estes questionamentos envolvem o debate acerca da legitimidade democrática da justiça constitucional que povoa a mente de juristas, cientistas políticos e filósofos desde o aresto de Marshall no caso *Marbury v.s. Madison* (1803)⁵, nos primórdios do

⁴ De fato, é importante considerar que – embora existam elementos tipológicos que podem ser encontrados nas mais variadas experiências constitucionais – o constitucionalismo é um movimento multifacetado que tem raízes profundas nas experiências culturais de cada povo. No caso retratado no texto, é nítido que, enquanto a Europa explorava o significado político das estratégias de limitação de poder, nos EUA, houve um acentuado grau de juridicidade na construção de seu movimento constitucional. Tanto isso é assim que a absoluta maioria da literatura americana sobre história das instituições jurídicas, direito constitucional e *judicial review* relata experiência e debates que problematizavam a interpretação de direitos fundamentais – chamados por lá de “direitos abstratos” – já no século XIX. Com efeito, de lá para cá, o constitucionalismo estadunidense produziu uma considerável bibliografia sobre como foram julgados esses casos em que se discutia a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que hoje o foco de análise se dá em torno da delimitação das experiências ativistas da Suprema Corte ao longo da história, bem como na identificação da construção de argumentos de limitação do poder de revisão da corte, conhecido como *judicial self-restraint*. É isso que está indicado no texto de Wolfe (1994). Para uma identificação precisa do caráter jurídico do constitucionalismo norte-americano, também MURPHY (1990, p. 54-57). Igualmente importante é o trabalho de TRIBE (2002). Em todas as obras citadas, há um número significativo de referências a casos julgados pela Suprema Corte, nos quais a interpretação da constituição implicava a aplicação direta de direitos fundamentais (para o bem e para o mal). Independentemente, o fato é que – em última análise – os autores acima citados corroboram a afirmação de que o problema da força normativa da Constituição se apresenta no contexto estadunidense desde a afirmação da *judicial review*.

⁵ A decisão de Marshall em *Marbury v.s. Madison* não pode ser considerada como um marco inicial absoluto da *judicial review*. Com efeito, desde os primeiros anos da Constituição Americana sempre existiram debates acerca

constitucionalismo americano. Esta questão deita raízes na tensão existente entre política e direito, que, na verdade, pode ser reduzida pelo embate entre *princípio democrático* (soberania popular) e *princípio constitucionalista* (respeito aos direitos fundamentais).

Ao tempo do constitucionalismo liberal-clássico, mergulhado nas ideias do positivismo jurídico (SILVA, 2003)⁶, o enfrentamento destes dois princípios – à primeira vista paradoxais – resulta em um evidente predomínio do princípio democrático.

Com efeito, a pretensão jus-positivista de construir uma Ciência fechada, capaz de resolver os problemas decorrentes da aplicação das regras jurídicas dentro do próprio sistema (sendo, portanto, auto-suficiente) produziu à época uma jurisdição constitucional que se pretendia afastada ao máximo da esfera legislativa, sendo admitida sua atuação apenas dentro dos casos estritamente especificados na Constituição. Para tal desiderato, na Europa, os poucos países que aderiram ao controle jurisdicional de constitucionalidade, inspirados em Kelsen, atribuíram à justiça constitucional o restrito papel de legislador negativo, chamado a atuar nos casos expressamente previstos na Constituição, sendo-lhe vedada qualquer interferência na esfera de atuação do legislador ou do administrador.

Esta constatação fica evidente nesta passagem da obra de Kelsen (2003; p. 153):

A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. *A livre criação que caracteriza a legislação* está aqui quase totalmente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve evitar, e mesmo assim por princípios ou diretivas gerais –, *a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional é absolutamente determinada pela Constituição* (grifo nosso).

Nos Estados Unidos, apesar de se notar vários períodos de franco ativismo judicial (para o bem ou para o mal) da Suprema Corte no exercício do controle de constitucionalidade,

da questão da rigidez-supremacia constitucional em relação ao restante do ordenamento jurídico, como se pode perceber nos escritos de Hamilton, Madison e Jay, compilados no clássico *O Federalista*. Indubitavelmente, as raízes mais remotas do controle de constitucionalidade das leis, ao menos em seu aspecto teórico-dogmático, são encontradas em Edward Coke, Juiz inglês que em 1610 desafiava o poder do parlamento com a construção de uma teoria da limitação do poder público por normas jurídicas superiores e intangíveis, sem revelar qualquer preocupação com a natureza, a origem ou a legitimidade política do governo. Neste caso, as normas utilizadas pela corte judicial para sustentar a invalidade de um ato do governo adviriam da *comum law*, sendo considerada como limite externo à ação do governo. Em Coke, a decisão que tornou celebre sua doutrina e influenciou o constitucionalismo americano em todas suas vertentes, encontra-se lapidado no *Bonham's case*, datado exatamente do ano de 1610. Para uma percuciente análise histórica de *Marbury v.s. Madison* e suas implicações na *judicial review* americana e no Direito Brasileiro (BARROSO, 2004).

⁶ O racionalismo iluminista e mais tarde a explosão positivista – ambas filosofias liberais – no afã de fazer do Direito uma verdadeira “ciência”, sujeita aos mesmos princípios metodológicos utilizados pelas ciências matemáticas – o pensamento moderno reduziu o conceito de ciência aos ramos do conhecimento humano destinados a pensar, medir e contar – transformou o Direito num sistema de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história.

como ao tempo da implementação e administração do *new deal* e, no caso do “Tribunal de Warren” (STRECK, 2004; BINENBOJM, 2004), é possível verificar a existência da construção de mecanismos que procuravam conter a atuação do Poder Judiciário no exercício da *judicial review*, na mesma linha do legislador negativo kelseniano. Como exemplo podemos citar o *self-restraint in exercise of judicial review* e a doutrina da *political question*, cujo precedente mais divulgado e dos mais remotos é assinado pelo próprio Marshall, o grande arquiteto do modelo difuso de constitucionalidade, em aresto proferido ainda no ano de 1919 (MELLO, 2004)⁷.

É certo que este modelo absenteísta de jurisdição constitucional encontrado em Kelsen e em alguns pontos periódicos da Suprema Corte americana, está intimamente ligado ao modelo de Estado – e de Constituição – praticados pelo positivismo liberal.

Kelsen (1998, p. 258) deixa claro sua posição minimalista de Constituição ao afirmar que:

A Constituição (no sentido material da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa e deixa o conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente – e, de modo eficaz, apenas por via negativa – determina o conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos.

Portanto, a concepção presente no interior do pensamento jurídico positivista apontava para a supremacia da Soberania popular, em detrimento do princípio constitucionalista de limitação do poder através da consagração de direitos fundamentais. *Buscava-se a preservação da obra do legislador, herança do pensamento de Rousseau e Montesquieu, tido como representante máximo da vontade da maioria.* Nessa medida, não era lícito pensar na possibilidade de um órgão, aparentemente sem legitimidade democrática, modificar o produto desta obra⁸.

⁷ O aresto referido no texto foi proferido na decisão *McCulloch v.s. Maryland*, onde Marshall estatuiu que o poder de declarar nulas a lei inconstitucional deve ser exercido excepcionalmente pelo Poder Judiciário, somente diante de uma *inconstitucionalidade evidente* Mello (2004, p. 18), em especial o capítulo III em que o autor explora toda a construção da teoria da auto-restrição judicial e suas implicações atuais nos quadros do Direito Constitucional contemporâneo.

⁸ Importante lembrar que, no exemplo paradigmático da Europa, a desconfiança existente em torno dos juízes – herança da revolução francesa –, obstruiu por muito tempo a consagração de um verdadeiro controle jurisdicional de constitucionalidade. Assim, ilustrativa a lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz que, na esteira de Cappelletti, assevera: “[...] no fim do século XVII e princípio do século XVIII, as antigas Cortes Superiores de Justiça, denominadas *Parlements*, ao reconhecerem a superioridade das leis fundamentais do Reino passaram a examinar a validade de éditos reais e de outras leis. Esses tribunais adotaram a teoria da *heureuse impuissance*, ou seja, feliz impotência do soberano em violar leis fundamentais. Contudo, essa ação explicava-se muito mais, como uma postura retrograda do Judiciário rejeitar qualquer iniciativa real de limitar os poderes/direitos da Nobreza e do Alto Clero. Essa conduta conservadora marcou profundamente o povo francês, gerando enorme desconfiança a respeito de sua parcialidade. Este contexto cultural ajuda a explicar por que as visões jusnaturalistas de Montesquieu e Rousseau tiveram tanta repercussão. Logo, a ideia de uma separação de poderes, na qual inegavelmente predominava o poder legislativo; a concepção de que a lei como regra abstrata e universal, fruto

Na fórmula consagrada por Zagrebelsky “A Juridicidade era monopólio da legalidade” (ZAGREBELSKY, 1999).

Nessa ordem de ideias, justificava-se sim a existência de um controle contramajoritário da produção legislativa; mas a ele era agregada uma tímida função derogatória que, no mais das vezes, se reduzia à verificação da inconstitucionalidade formal da regra jurídica impugnada. A Constituição no interior deste paradigma é um instrumento macroestrutural do Poder e funciona como mera regra de fundo, onde o que impera é a legalidade. Sem exagero, é lícito afirmar que prepondera neste paradigma a onipotência do legislador, calcada na justificativa pueril de Hobbes de que “[...] nenhuma lei pode absolutamente ser injusta, na medida em que cada homem cria, com seu consentimento, a lei que ele é obrigado a observar; esta, por conseguinte, tem de ser justa, a não ser que um homem passa ser injusto consigo mesmo” (BOBBIO, 1991, p. 49)⁹.

No entanto, o desenvolvimento da Teoria do Estado e a construção da doutrina constitucional europeia no segundo pós-guerra culminando com a emergência do Estado Democrático de Direito, implica o surgimento da *politização* da Constituição. “Do normativismo constitucional saltamos para a Teoria Material da Constituição. Este é o momento da imbricação entre Constituição e política. E o Estado Democrático de Direito é o locus privilegiado deste acontecimento” (STRECK, 2004, p. 106).

da racionalidade da vontade geral, era incontestável, sendo portanto, intocável e, finalmente, uma visão mecanicista do Judiciário, que se expressou na escola da exegese, constituíram os elementos que colaboraram para que não fosse possível a consagração, na França, do surgimento do controle judicial da constitucionalidade. A despeito disso, Bon anota duas iniciativas favoráveis à introdução do controle da constitucionalidade no período revolucionário. A primeira, menos conhecida, o “Projeto Kersint”, de 1792, apresentado à Assembléia Nacional. A segunda, proposta pelo Abade Sieyès aos 2 e 18 de Thermidor, do ano III. Ambas foram rejeitadas. Em verdade, *o constituinte francês não viu justificativa para tanto, pois uma lei, fruto da vontade do povo, não poderia ser injusta, ilegítima ou inconstitucional, porque ninguém poderia ser injusto para consigo próprio*” (grifamos) CRUZ (2004, p. 81-82). Tendo em vista ainda a preponderância do parlamento sobre os demais poderes, sendo inclusive despedido de qualquer limitação, Streck preleciona que “[...] as primeiras Constituições do mundo (com exceção do constitucionalismo americano) tratam de dar resposta ou submeter ao controle o poder do monarca absoluto. As primeiras Constituições respondem ao esquema do princípio monárquico, através do qual, frente ao poder absoluto deste, o parlamento aparece como um limite à garantia da propriedade e da liberdade dos cidadãos; é compreensível, assim, que esse parlamento, que representa o povo e lhe representa para controlar e limitar o poder do monarca absoluto, não tenha, em princípio, nenhum tipo de limitação” (Id., 2004, p. 97).

⁹Ainda neste sentido, vale lembrar as lições do Juiz da Suprema Corte Espanhola, Perfecto Andrés Ibañez, para quem no Estado de Direito liberal, a existência de um poder judicial passivo e hierarquicamente dependente do poder legislativo, fomentou a formação de juízes dogmaticamente positivistas, que não souberam resistir a violações da legalidade realizadas por regimes ditatoriais. Para o retro-citado Juiz espanhol a revalorização da independência do juiz como princípio constitucional (Estado Democrático de Direito), acompanhadas ou não pelo enfraquecimento dos mecanismos hierárquicos de coesão interna (redimensionamento da tradicional estrutura de separação dos poderes e *check and balances* operada por este modelo de Estado) fez os juízes mais livres dentro de sua própria estrutura orgânica. Deu força também a novas formas de presença do juiz como cidadão e agente – individual e coletivo – de criação de opinião. Cf. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder Judicial e Democracia Política: Lições de um século. **Revista da AJURIS**, n. 35, t. 2, mar. 2002, p. 377-389.

Deveras, a crise do liberalismo já havia acenado um redimensionamento no interior da Teoria do Estado com a concretização (nos países desenvolvidos) do *welfare state*. Porém os mecanismos disponibilizados pelo Estado de providencia não foram suficientes para instrumentalizar as Constituições dirigentes do pós-guerra, cunhadas para erguer novamente os países devastados pelos ventos da Segunda Guerra mundial (Itália e Alemanha). Daí um novo *turn it on* e a consagração de um modelo de Estado que, além de garantir a existência democrática das instituições – de forma a impedir a volta de qualquer regime totalitário – garantisse, também, a democratização dos meios econômicos, sociais e culturais, para que a nação crescesse uniformemente, de modo a não permitir disparidades sociais e regionais. Posteriormente, os países da Europa que se livraram de conservadores regimes ditatoriais (Espanha e Portugal) também adotaram esta forma de Estado, para buscarem a superação dos efeitos advindos do Estado de exceção (bem conhecidos dos brasileiros) como o enfraquecimento da economia interna, empobrecimento da população, crescimento da dívida externa, etc¹⁰.

Como é notório, as Constituições espanhola e portuguesa (principalmente estas, mas sem descartar outras fontes como as Constituições alemã, italiana e a própria constituição norte-americana) foram os marcos teóricos inspiradores do processo constituinte brasileiro 1986-1988, que culminou com a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito pelo constituinte pátrio. Porém, não é preciso muita perícia para notar que, no Brasil, longe estamos de efetivar suas conquistas.

A primeira anotação a ser feita a esse redimensionamento propiciado pelo Estado Democrático de Direito – além da já mencionada *função transformadora* de que se reveste o Direito no vértice deste paradigma –, é que a jurisdição constitucional não mais se apresenta como legislador negativo, que deve se manter distante da obra do legislador. Com efeito, no interior deste novo paradigma, a jurisdição constitucional (Judiciário) é (ou deve ser) vista como guardião dos direitos fundamentais (VIANNA *et al.*, 1999).

Ademais, no Estado Democrático de Direito, a Constituição não é mais mera regra procedimental, excepcionalmente utilizada para estatuir limites ao legislador. Neste modelo de Estado ela passa a ser o *centro unificador do sistema jurídico*, recheada de princípios que

¹⁰ Interessante anotar que, na Espanha e em Portugal, países que adotaram pouco antes do Brasil a formula do Estado Democrático de Direito, já se começa a sentir os efeitos de seu adequado funcionamento. Com efeito, ambos os países, tidos anteriormente como a “periferia da Europa”, começam a se destacar no Mercado Comum Europeu, já podendo sentir um crescimento sustentável de sua economia. No exemplo da Espanha, o processo de educação e profissionalização da população é utilizado como exemplo para vários países do mundo, como forma de redução do índice de desemprego e fomento para o crescimento de sua economia.

traduzem valores e diretrizes compromissárias que irradiam seus efeitos para todos os ramos do Direito, de forma a doutrinar a atividade do legislador. Dito de outro modo, se no paradigma positivista a obra do legislador devia ser preservada, aqui é a *obra constituinte* que merece respeito, diante da qual o Poder Público deve se curvar. Parafraseando Zagrebelsky, a juridicidade passa a ser (é) monopólio da constitucionalidade. O controle que era um controle de legalidade, passa a ser um *controle de legitimidade*: da lei em face à Constituição e aos Direitos Fundamentais.

Fica evidente, portanto, que a dimensão política passa a fazer parte do esteio constitucional. Assim Hans Peter Schneider irá dizer que a dimensão política da Constituição é o ponto de estofo em que se convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), a *liberal* (coordenação e limitação do Poder estatal) e a *social* (configuração social das condições de vida), e nenhuma das condições podem ser entendidas isoladamente. Por isso, para o referido autor, a Constituição é direito político: *do, sobre e para* o político (SCHNEIDER, 1999).

Desta forma, a atividade da jurisdição constitucional perpassa aquela que lhe era reservada pelo constitucionalismo clássico (liberal) e assume um importante papel para o desenvolvimento da vida política da sociedade para qual se constitui. É claro – e nunca é demais reafirmar – que este conteúdo político presente na atividade da jurisdição constitucional, muito difere do caráter político imprimido pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões. Com efeito, o conteúdo político a que se refere advém do próprio texto constitucional, e o juiz que irá aplicá-lo, inevitavelmente, terá que enfrentar tal questão.

Como assevera Otto Bachof (1996, p. 10):

As normas constitucionais em muitos casos *não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas*: tais valorações, porém, são sempre, até determinado ponto, subjetivas. Assim, verifica-se sempre inevitavelmente uma relação tensionante entre direito e política. O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas.

Na linha de Bachof, Canotilho (1998, p. 1.133) assevera que “[...] a interpretação das normas constitucionais devem ter em conta a especificidade resultante do fato de a Constituição ser um estatuto jurídico do político”. Prossegue o mestre português dizendo que o significado do recurso aos *valores políticos* na interpretação da Constituição tem sido objeto de amplo debate também na Itália, permanecendo dominante a opinião que insiste na legitimidade

do recurso a tais valores, sempre que positivados/integrados no conteúdo da norma constitucional a interpretar.

A despeito de tais considerações, parte do constitucionalismo pátrio insiste ainda nas concepções liberais-positivistas, que buscavam manter afastadas do Judiciário, questões de conteúdo político (FERREIRA FILHO, 2000)¹¹.

De toda sorte, a função interventiva dos tribunais se legitima como instrumento de correção da legislação, produzida em descompasso com o que prescreve a Constituição. Esta afirmação se verifica principalmente na Alemanha, na Espanha, na Itália e em Portugal com o aparecimento das decisões manipulativas, construtivas, normativas, redefinitórias, etc., conforme demonstra José Adercio Leite Sampaio (2002).

Discorrendo sobre a legitimidade da atuação interventora dos Tribunais no exercício da jurisdição constitucional, Jorge Miranda (2002, p. 535) pontifica:

Ao aplicar a razão pública, o Supremo Tribunal evita que a lei seja corroída pela legislação de maiorias passageiras ou, com maior probabilidade, por interesses parciais, organizados e influentes, que se mostrem particularmente capazes de levar a sua avante. Se o Supremo assumir este papel e o desempenhar com eficácia, será incorreto dizer que é manifestamente antidemocrático. É, com efeito, antimaioritário no que respeita à legislação corrente, dado que um Supremo Tribunal, com sua prerrogativa de revisão de juízo, pode considerar e declarar qualquer lei ordinária inconstitucional. No entanto, *a autoridade superior do povo apóia essa competência. O Supremo Tribunal não é antimaioritário em relação à lei fundamental quando as decisões da maioria concorrem razoavelmente com a própria Constituição e com suas emendas e interpretações politicamente mandatadas.* O papel do supremo não é meramente defensivo. Com efeito, ao servir como paradigma institucional da razão pública, o seu papel é o de realizar e assegurar o seu contínuo efeito (grifo nosso).

Ou ainda, nas palavras de Garcia Herrera, citado por Lênio Streck (2004, p. 111), “[...] cuando se defienden los principios constitucionales no se hace política sino defensa jurisdiccional de la Constitución”.

¹¹ Segundo o citado autor, o controle difuso de constitucionalidade escamoteia o aspecto político do controle de constitucionalidade, tratando-o como uma questão simplesmente jurídica, ou de mero procedimento jurisdiccional. Mais adiante, já concluindo, o autor diz que as inovações verificadas no controle de constitucionalidade realizadas pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, nitidamente “politizam” (*sic*) o controle, pois, não se põe mais como uma verificação de suprallegalidade e mais tende a se tornar um controle de legitimidade. Não surpreende a posição (clássica-liberal) do autor em relação ao controle de constitucionalidade. Com efeito, conforme lembra Gilberto Bercovici, para Ferreira Filho a Constituição de 1988 agravou a crise de governabilidade brasileira ao sobrecarregar o Estado de tarefas, sem providenciar os recursos para tais, ou seja, se preocupou mais com a distribuição de riquezas do que com a produção delas. Pugnando por um Estado mínimo baseado no princípio da subsidiariedade, assevera: “A superação da crise de ingovernabilidade não prescinde, ao invés, reclama, uma nova Constituição. *A de 1988 nasceu fora de época, ainda inspirada em um marxismo vulgar intitulado de socialismo real, que logo se esboroou.* É necessário jogar no arquivo essa obra do copismo de esquerda” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade Brasileira, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 142. *apud* BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas anotações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

Em suma, neste contexto, pode-se afirmar que a Constituição aparece como um excelente remédio contra maiorias. Ao se constituir como um remédio contra maiorias, tem-se que a Constituição, enquanto explicitação do contrato social, traz ínsito um núcleo político que só pode ser extirpado/solapado a partir de uma ruptura institucional (STRECK, 2004).

Assim, podemos dizer, com Gustavo Binenbojm (2004), que o Estado Democrático de Direito se funda em dois pilares: *Democracia e Respeito aos direitos fundamentais* e que o papel do constitucionalismo é exatamente o de harmonizar esses ideais até um ponto ótimo de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, *sendo tal ponto a medida do sucesso de uma Constituição*.

Por fim, vale citar as percucientes palavras de Streck (2004, p. 113-114), *in verbis*:

O Estado Democrático de Direito não é algo separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. *Ele se dá como um acontecer*. Nesse sentido, é possível dizer que o agir jurídico-político dos atores sociais encarregados institucionalmente de efetivar políticas públicas (*lato sensu*) acontece nessa manifestação prévia, onde já existe um processo de compreensão [...]. *Enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (circulo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais-fundamentais e democracia) desse modelo de Estado de Direito*. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo – no limite – de viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão, constituindo-se em remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra a atuação de maiorias.

2 PROCEDIMENTALISMO V.S. SUBSTANCIALISMO: UM DEBATE NECESSÁRIO QUANTO AO PAPEL DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito pressupõe, portanto, uma nova definição dentro da tradicional teoria da separação dos poderes, com o redimensionamento do papel Judiciário (jurisdição constitucional) para o centro da esfera de tensão. Vale dizer – recapitulando o que foi aduzido no tocante à evolução da Teoria do Estado –, no Estado Liberal, o direito é ordenador, com vistas a preservar o *status quo*, de maneira que as influências iluministas de autores como Montesquieu e Rousseau, colocam como cerne da esfera de tensão o poder legislativo, portador da *vontade geral* (vontade da maioria); no Estado Social (*welfare state*), para instrumentalizar o chamado *capitalismo organizado*, ao Direito é agregada uma função promotora, consubstanciada na prescrição de programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da

legislação liberal-clássica, entre *certo e errado* (VIANNA *et al.*, 1999). Para fazer efetiva essa função promovedora, há um deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos legislativos para os procedimentos políticos, figurando o executivo como protagonista do referido ponto de tensão. O advento do Estado Democrático de Direito e a consolidação do *constitucionalismo do segundo pós-guerra*, trouxeram consigo o desgaste da vontade absoluta da maioria – representado pela experiência negativa de legitimação do *nazifacismo* –, somado ao receio em concentrar nas mãos do chefe do executivo, poderes ilimitados para dirigir o Estado, fazendo com que fosse confiada à jurisdição constitucional a tutela da vontade geral, esculpida na Constituição fruto de um verdadeiro pacto social selado na assembléia constituinte. Desta forma, há um novo deslocamento na chamada esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais, na medida da função transformadora que assume o Direito no interior deste paradigma.

Neste ponto, retoma-se a questão da relação entre Direito e política. Como nos questiona Streck (2004, p. 149), “[...] em que medida o direito estabelecido no texto constitucional, pode estabelecer o constituir da sociedade? [...] e qual é o papel dos tribunais no interior deste ‘constituir’ social representado pela Constituição?”. Na esteira do autor gaúcho, este artigo se propõe a analisar tais questões a partir de duas posições ou teses que buscam dar resposta a estas perguntas. Trata-se da dicotomia *substancialismo-procedimentalismo*, embora seja reconhecidamente arriscado polarizar a questão sobre (apenas) dois eixos analíticos. No entanto, grande parte da doutrina nacional ventila a discussão nestes limites, com diferenças mínimas de autor para autor, que quase sempre é meramente nominativa¹².

Situando a esfera discursiva dentro destes limites, passar-se-á em revista a cada uma destas teses, deixando clara, desde já, a opção pela vertente substancialista, cuja justificativa já vem sendo deduzida no transcorrer deste trabalho. Importa dizer, também – sem embargo da importância acadêmica da discussão acerca da viabilidade de uma ou outra posição –, que, no Brasil, nenhuma delas afiguram ter sequer despontado na *praxis* de nossos Tribunais.

¹² Neste sentido, conferir as obras de Vianna (1999) e Streck (2004), que propõem a nomenclatura aqui utilizada; com denominações diferentes, mas preservando a mesma substância – sem qualquer menção à dimensão *substancialista* do debate realizado no texto, podemos citar Cruz (2004); Mello (2004); Binenbojm (2004), entre muitos outros. Insta salientar, ainda, que a divisão em dois eixos analíticos é proposta por Vianna e seguida por Lênio Streck em suas obras. Fica de fora, assim, o enfoque sistêmico de matriz luhmaniana, e que em certos pontos se aproximam das teses procedimentalistas. No que atina aos interesses focados por esta investigação, a incorporação da análise da teoria sistêmica alargaria sobremedida os limites propostos para a pesquisa, o que poderia comprometer a obtenção fidedigna dos melhores resultados. Desta forma, ater-se-á, portanto, a análise das teses substancialistas e procedimentalistas, na medida que propõem Vianna e Streck, o que basta para conduzir o trabalho ao seu real objetivo.

2.1 O MODELO *PROCEDIMENTALISTA* DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

As teses procedimentalistas, defendidas por autores como Habermas, Antoine Garapon e Jhon Ely, criticam veementemente a interferência do Judiciário nos campos da política. Com efeito, apesar de reconhecerem ao Judiciário, mormente à Jurisdição Constitucional, uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra (o que os diferem das concepções positivistas apresentadas no item anterior), vêm negativamente o ativismo judicial ostensivo para preservação de valores substanciais consignados nas Constituições.

Na concepção habermasiana, fincada na teoria da ação comunicativa (teoria do discurso), a Jurisdição Constitucional aparece como guardiã dos procedimentos democráticos assegurados na Constituição para a formação da opinião e da vontade política, a partir da cidadania, e não de se arrogar o papel de legislador político (VIANNA *et al.*, 1999; STRECK, 2004). Nessa medida, Habermas (1997)¹³ parte da ideia de *cidadãos autônomos* que participassem ativamente da vida política da sociedade, de forma que se reconhecessem como autores da lei e não como seus destinatários. Constrói sua teoria sob uma rígida separação de poderes, onde nenhum pode se sobrepor aos demais.

Em Habermas (1997), se percebe uma nova fundamentação/legitimação do Direito. Com efeito, Habermas critica os modelos kantianos e weberianos de legitimação do Direito¹⁴, buscando um mecanismo de legitimação antimetafísico que seria representado exatamente pelo

¹³ Para Habermas, o cidadão não seria um simples participante de um jogo mercantil, como no paradigma do Estado Liberal, nem um cliente de burocracias de bem-estar, como no *welfare state*, e sim um *cidadão autônomo* que constituiria a sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a, em um fluxo comunicacional livre, para o interior do sistema político. Portanto, em Habermas, a comunidade de interpretes da Constituição se faria presente na vida pública e não pela mediação dos tribunais. *Idem*, p. 29

¹⁴ Importa dizer que, em Kant, encontra-se uma fundamentação essencialmente moral do Direito. Deveras, para Kant, *se o Direito indicava a forma de agir, a moralidade fixava a causa desta ação*. Enxergava um contacto subordinado dos discursos morais em relação ao Direito positivo. Assim, a legitimidade do Direito se daria pela sua permeabilidade com a moral. Essa permeabilidade, essa dimensão moral só poderia ser deduzida pela razão, uma vez que somente ela poderia impor regras à conduta humana, através de um critério de universalização denominado por Kant como “imperativos categóricos”. Da mesma forma que um princípio/lei das ciências naturais precisa ser universalmente válido, independentemente do tempo e do espaço, a lei moral deveria valer incondicionalmente em qualquer lugar e para todos, como, por exemplo, a máxima “não roubaras”. Já em Max Weber, a introdução de elementos morais ao Direito conduziria à irracionalidade. Assim, o Direito, necessariamente, deveria afastar-se de quaisquer proposições éticas, pois tal procedimento acarretaria a perda de sua cientificidade. E, a racionalidade da Ciência Jurídica centrar-se-ia exclusivamente no trabalho reconstrutivo e analítico dos conceitos. O pensamento weberiano exprimiu/resumiu as noções básicas do positivismo, com a legitimidade limitada aos aspectos formais da legalidade, sem fugir, contudo, da carga metafísica, já presente nas proposições kantianas. Para Habermas, a questão está vinculada aos procedimentos democráticos de construção do Direito Positivo. Assim, conforme já se referiu o texto, a faticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado deveria ser conectada a um processo de normatização racional do Direito. A legitimidade do Direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos (CRUZ, 2004, p. 210; HABERMAS, 1997, p. 138).

procedimento democrático de produção do Direito, realizado através da deliberação maciça dos atores sociais.

Como assevera Binensbojm (2004, p. 107-108):

Na perspectiva habermasiana, os direitos fundamentais do homem não são produto de uma revelação transcendente (como na doutrina jusnaturalista), nem de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos (como propõe, *kantianamente*, Dworkin), mas consequência da decisão recíproca dos cidadãos livres e iguais de legitimamente regular as suas vidas por intermédio do direito positivo. O papel de tais direitos básicos é o de assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade (...) O Direito legítimo será aquele em que os cidadãos participam não apenas como destinatários, mas também como autolegisladores. Sua teoria pressupõe, assim, uma justificativa procedimental – e não metafísica – dos direitos fundamentais.

Note-se, pelas assertivas colacionadas por Binensbojm, que Habermas (1997) se propõe, não apenas a apresentar um caráter antimetafísico na fundamentação do Direito, mas também a equacionar o problema, já aduzido acima, do confronto entre soberania popular e direitos fundamentais. Pretende dissolver esta aparente rivalidade de modo a preservar os dois princípios no interior de um sistema político ideal elaborando uma teoria do direito na qual direitos humanos e soberania popular surgem co-originalmente em uma sociedade democrática e coordenam-se para evitar a oclusão de um ou de outro (MELLO, 2004).

Desta forma, a jurisdição constitucional aparece como guardião dos procedimentos deliberativos de formação do Direito positivo, nunca defensora ostensiva de valores substanciais garantidos pela Constituição. Nessa medida, em sendo uma teoria que aceita explicitamente a existência de direitos fundamentais como *conditio sine quo non* de existência de um Estado democrático, pode-se dizer, de modo geral que o procedimentalismo, pelo menos em sua vertente habermasiana aceita um maximalismo constitucional – opondo-se, portanto, ao minimalismo constitucional positivista – mas propõe um *minimalismo judicial em relação à concretização da Constituição* (MELLO, 2004).

Conforme as lições do próprio Habermas (1997, p. 346-347),

Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia pública e privada, é bem vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa de formação política da opinião e da vontade: Tal jurisprudência é até exigida normativamente.

Nessa medida, na democracia, a Corte Constitucional deve-se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição e “[...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática

do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais” (HABERMAS, 1997, p. 99).

Salienta Binenbojm que Habermas apresenta a democracia como núcleo de um sistema de direitos fundamentais. Dentro deste esquema habermasiano de direitos fundamentais, é construído todo um arcabouço lógico que desemboca no princípio do discurso, institucionalizado sob a forma democrática. Assim é que, seguindo a orientação de Binenbojm, expõe-se aqui uma organização didática dos dados que compõe esse sistema habermasiano de democracia e direitos fundamentais.

Segundo Binenbojm (2004, p. 110-112), os direitos no interior deste esquema, surgem agrupados da seguinte forma:

(1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito *à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; esses direitos exigem como correlatos necessários; (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. Essas três categorias de direitos de liberdade, antes que meros direitos liberais de defesa, devem ser interpretados como garantias da autonomia privada de sujeitos que se reconhecem como destinatários de leis e que adquirem, assim, pretensão de instituir direitos e fazê-los valer reciprocamente. No grupo seguinte os sujeitos de direito assumem também o papel de *autores* da sua ordem jurídica. São eles: (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais criam Direito legítimo. Tais direitos têm, evidentemente, reflexo direto na interpretação e na configuração política posterior dos direitos arrolados anteriormente. Este é o momento de institucionalização democrática dos direitos, em que os cidadãos aparecem não apenas como destinatários da lei, mas também, à moda de Rousseau, como seus autores. Por fim surge uma quinta categoria de direitos, que proporcionam as condições materiais para o exercício dos direitos anteriores: (5) *direitos fundamentais a condição de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos mencionados de (1) até (4). Neste grupo se incluem os direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade humana, que constituiriam o chamado mínimo existencial* (grifo nosso).

Conclui o citado autor – e este é o vértice da questão – que neste espaço se situa o *locus* de atuação legítima da jurisdição constitucional: a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e política dos cidadãos, condições da gênese democrática das leis.

Nessa medida, a crítica que aqui se faz às teses procedimentalistas, sempre tento em mente a realidade social encontrada no Brasil e demais países de modernidade periférica,

partem da inoperacionalidade destas teorias em países subdesenvolvidos¹⁵. Com efeito, como se pode notar, Habermas pugna por um absenteísmo judicial quando as condições necessárias para o desempenho ideal dos procedimentos democráticos estejam plenamente reconhecidas. Porém, admite que qualquer abalo nas estruturas mínimas de viabilidade destes procedimentos legitimam uma atuação operante da justiça constitucional para reverter a situação encontrada, colocando, inclusive, diretos sociais e econômicos – que garantam um mínimo existencial – como condições de possibilidade para o exercício legítimo dos procedimentos democráticos de formação do Direito Positivo. Ora, por tudo que já se disse nesta investigação, é transparente que, em território brasileiro, pelo menos por enquanto, não é possível visualizar a figura do cidadão autônomo habermasiano. Esta afirmação se comprova a partir de dados recentes divulgados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) estampados na primeira página do Jornal Folha de São Paulo do dia 10.12.2004, onde se constata que *mais de 45% (quarenta e cinco por cento) das crianças brasileiras estão abaixo da linha da pobreza!* E o que dizer, então, do baixíssimo nível de alfabetização ainda encontrado no Brasil, que supera o índice de países economicamente menos desenvolvidos como a Argentina e o México. De fato, em matéria jornalística veiculada recentemente pela imprensa de massa no telejornal mais assistido do país¹⁶, foi divulgado que o número de analfabetos funcionais (sabem ler e escrever, mas não conseguem compreender o sentido de expressões ou textos simples) pode elevar a taxa de analfabetismo para níveis absurdos que superam mais da metade da população¹⁷.

Desta forma, há que se reconhecer razão a Lênio Streck (2004) quando diz que as promessas da modernidade só foram aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais – a patuléia para usar a expressão do próprio Lênio – o atraso! O *apartheid* social! Em verdade, segundo o citado autor, outros indicadores sociais apontam para um quadro ainda mais

¹⁵ Ademais, pode-se agregar aqui a percutiente crítica às teses habermasianas feitas por Lênio Streck, aqui subscrita: “[...] quando opõe o paradigma do direito liberal/formal burguês ao paradigma do direito do bem-estar (Estado Social), dizendo que ambos estão superados, Habermas deixa de reconhecer a existência de um terceiro paradigma, que é o Estado Democrático de Direito e, com isso, corre o risco de objetificar a Constituição. Com efeito, sua análise subestima o Direito naquilo que é seu *plus* normativo que ficou caracterizado exatamente no constitucionalismo do pós-guerra, na fórmula instituída no e pelo Estado Democrático de Direito, que supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito [...] Habermas trabalha com a noção de Estado Democrático de Direito; entretanto, não reconhece a necessária diferenciação que existe entre o modelo do Estado Social de Direito e o modelo do Estado Democrático de Direito, que, insisto, supera a noção de Estado Social. Ou seja, de certo modo, Habermas cai em um certo sociologismo ao ignorar a especificidade do jurídico nas Constituições, que gerou todo um processo de revitalização do jurídico, naquilo que diz respeito à função social do Direito” (STRECK, 2004, p. 163-165).

¹⁶ O texto se refere ao programa “Jornal Nacional”, veiculado pela Rede Globo de Televisão, que se constitui atualmente no maior formador de opinião existente na mídia brasileira.

¹⁷ Em pesquisa divulgada na Folha de São Paulo de 12 de abril de 1997, 1-12 o Datafolha mostra que, a esmagadora maioria dos brasileiros (86%), não foram além da 8ª série do 1º grau - agora chamado ensino fundamental. De todos os seguimentos sociais, são os que mais sofrem com o desemprego e a precarização do trabalho: 19% vivem de bico e 10% são assalariados sem registro algum.

tormentoso, a ponto do governo federal ter lançado mão em 2003 de um programa (o Fome-Zero), para, antes de iniciar o necessário processo de inclusão de mais de 50 milhões de brasileiros que vivem em condições de pobreza, *alcançar uma ração mínima diária a essa população que representa mais da metade dos brasileiros* (STRECK, 2004, p. 75).

Neste quadro de pobreza e exclusão social, mesmo que se tenha em mente as teses procedimentalistas, a ofensiva da justiça constitucional seria a mesma, uma vez que as condições de possibilidade para o desenvolvimento legítimo dos *procedimentos democráticos* estão comprometidas pela miséria, pela fome, pelo baixo nível de escolaridade, enfim, pela exclusão social praticada no Brasil desde o descobrimento. Assim, fatalmente estaríamos diante de uma jurisdição constitucional implementadora dos *direitos fundamentais a condição de vida garantida através de direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade humana, que constituiriam o chamado mínimo existencial*; que, em termos habermasianos, são condição de possibilidade para o ideal desempenho dos procedimentos democráticos.

O procedimentalismo defendido por Jhon Ely, de matriz evidentemente mais liberal do que aquele captaneado por Habermas, parte também da ideia de que as decisões morais fundamentais para a sociedade devem ser tomadas por representantes do povo e não por magistrados a partir de concepções morais supostamente universais (STRECK, 2004, p. 100). Por certo, Ely não tem em mente o *cidadão autônomo* Habermasiano quando desenvolve seu procedimentalismo.

Na verdade as proposições de Ely são uma leitura aprimorada do *judicial self-restraint in exercise of judicial review*, pugnando pela limitação da *judicial review* a questões relativas à preservação da integridade do regime democrático. Assim o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas ou valorativas na implementação de direitos através da leitura moral da Constituição proposta por Dworkin. Sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo. Para Ely, qualquer bloqueio nos canais de mudança política, de molde a perpetuar determinados grupos no poder ou dele alijar sistematicamente outros, compromete o bom funcionamento do regime democrático, cabendo à Corte Constitucional, então, zelar pela higidez do processo democrático. Além disso, caberia a corte, também, repudiar leis que exibam um caráter discriminatório, de modo a facilitar a representação das minorias no referido processo (BINENBOJM, 2004).

Entretanto, as teses defendidas por Ely dão ênfase à forma deixando totalmente de lado a substância, o que, conforme demonstrado no início deste capítulo, não condiz com as perspectivas emanadas do constitucionalismo do pós-guerra, base teórica da Constituição

brasileira de 1988. Ademais, as críticas encampadas contra a teoria habermasiana – sempre lembrando o foco é a realidade social brasileira – se enquadram perfeitamente também aos termos defendidos por Jhon Ely. Isso porque, não se pode falar em democracia sem respeito aos direitos fundamentais que preservem – no limite – o mínimo existencial do cidadão, o que no Brasil ainda é utopia para grande parte da população.

Desta forma, para efeitos daquilo que este trabalho se propõe demonstrar, em face das condições históricas, já adrede expostas, aliadas à realidade social vivenciada no Brasil, entende-se necessária uma radicalização da jurisdição constitucional, nos moldes substancialistas, culminando naquilo que Vianna *et al.* denomina *Judicialização da política*. Assim, defender uma resistência constitucional, propiciada por uma visão substancialista de jurisdição constitucional é condição de possibilidade para que possa tornar concretas as medidas de base encampadas pela estrutura de direitos fundamentais presente na Constituição de 1988.

E quem disser que a Constituição assim cai na utopia sempre poderá replicar com P. Lucas Verdú que ‘todas as realidades de hoje foram utopias de ontem’. A ‘Constituição justa’ pode ser utópica, mas como muito bem observa Muguerza, *quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser*. Por nosso lado, não hesitamos em subscrever a ‘profecia’ de Macpherson: ‘Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana (CABRAL PINTO, 1994, p. 218-219).

2.2 O MODELO SUBSTANCIALISTA: A NECESSIDADE DE UMA RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL

Sufragando as teses substancialistas encontram-se autores como Mauro Cappelletti, Bruce Ackerman, L.H. Trybe, entre outros. No Brasil é possível mencionar, a título ilustrativo, Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Mello, Fábio Konder Comparato, Eros Grau e Lênio Luiz Streck.

O modelo substancialista de jurisdição constitucional representa um contraponto ao modelo procedimentalista de Habermas e Ely. Com bem assinala Vianna *et al.* (1999, p. 37), no eixo substancialista “[...] concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *check and balances*”.

Com efeito, a perspectiva substancialista trabalha o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo uma valorização do jurídico que eleva o Poder Judiciário para o centro da esfera de tensão entre os demais poderes, conforme já relatado anteriormente.

Também, partindo de uma análise substancialista, no Estado Democrático de Direito é agregada ao Direito uma função transformadora da realidade social, representada pelo *resgate das promessas da modernidade*, que é indispensável para o desenvolvimento racional de um país como o Brasil que sucumbiu ao Estado Social e nem mesmo o Estado Liberal formal-burguês existiu de fato em seus domínios.

Destarte, as teses substancialistas entendem que mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um interprete que põe em evidencia, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política (STRECK, 2004).

Todavia, é pertinente sufragar a ressalva feita por Lênio Streck, no que tange ao problema do “fundamento” da Constituição. Com efeito, conforme já mencionado, não se deve entender a Constituição como categoria ou hipótese. Deve-se sim entendê-la como o *constituir* do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do pacto social (que também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). Isto é, a Constituição não é o topo de uma pirâmide de normas à moda do normativismo kelseniano, mas sim o centro unificador de todo sistema jurídico, base da *antecipação de sentido* presente no *círculo hermenêutico*¹⁸.

No que atina ao paradigma substancialista, Cappelletti pontifica que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para vocalização das suas expectativas e direitos no processo judicial (CAPPELLETTI, 1988).

Um dos pontos de edificação do substancialismo, como pode se perceber em Cappelletti, é representado pela inexorável crise da democracia representativa que tende em transformar, através de uma estranha alquimia eleitoral, as maiorias efetivas da população em minorias parlamentares. Daí fica nítida a necessidade da existência de uma instância que tornem disponíveis aos cidadãos o acesso aos direitos básicos consagrados na Constituição, como mecanismo – até mesmo e no limite – de democratização e reconstituição do tecido da

¹⁸ Vale lembrar que, base hermenêutica aqui trabalhada está ancorada em Heidegger e Gadamer, e repudia toda e qualquer carga metafísica presente no processo interpretativo. Desta maneira, visualizar a Constituição como “fundamento” estático do ordenamento jurídico é metafísico, que inevitavelmente levará o interprete ao *regressus ad infinitum*, como Kelsen e sua “norma hipotética fundamental”.

sociabilidade, que no caso do judiciário, é representado pela justiça constitucional e pelo acesso à justiça (VIANNA, 1999).

Nessa medida, Paulo Bonavides admite, por motivos pragmáticos, a judicialização da política em países de terceiro mundo, numa clara defesa das posturas substancialistas, *in verbis*:

A Constituição aberta levanta, entre outras a questão medular da validade da democracia representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista [...] Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, *a velha democracia representativa já se nos afigura em grande parte perempta*, bem como a possibilidade de fazer da Constituição instrumento da legítima vontade nacional e popular. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. De tal sorte que *a politização da juridicidade constitucional dos três poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo* (BONAVIDES, 1993, p. 9-10) (grifo nosso).

Desta forma, de acordo com as posturas substancialistas, a jurisdição constitucional deve assumir uma postura intervencionista, capaz de proteger o pacto social consubstanciado na Constituição, de forma a defender da vontade das maiorias eventuais, os direitos das minorias (que como já mencionamos em verdade são maiorias) excluídas do processo democrático de formação do Direito.

Assim, são elucidativas as lições de Streck (2004, 185-186) que, esclarecendo seu posicionamento, assevera:

Quando falo em ‘intervencionismo substancialista’, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, como bem salienta Krell, ‘onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, *cabe ao poder judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestações e serviços básicos*’ (grifos do original).

Nessa ordem de ideias, é salutar trazer a colação exemplos de implementação de políticas públicas básicas por intermédio da ação Judicial, como se pode perceber no caso das vagas escolares da cidade de Rio Claro no interior paulista, em notícia veiculada pelo jornal Folha de São Paulo¹⁹.

¹⁹ Um exemplo de como é possível utilizar o judiciário como mecanismo de implementação de políticas públicas, nos é trazido pelo Juiz de Direito Urbano Ruiz em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo: “Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é

Outro fator que dificulta a aceitação das teses substancialistas no Brasil, está compreendido na inadequação de nossa dogmática jurídica (dominante) em lidar com conflitos transindividuais, que encampam o texto constitucional. Deveras, habituada a resolução de questões do tipo inter-individual (na maioria das vezes conflitos envolvendo Tício e Mévio, para sufragar a linguagem manualesca), não consegue dar operacionalidade à função social da dogmática jurídica (e do Direito é claro) como se pode verificar nas soluções judiciais que tem sido dadas à questões referentes à reforma agrária (que envolve um juízo sobre a função social da propriedade) e do fornecimento de remédios e assistência médica à aidéticos, isto para citar apenas dois exemplos, que estão mais próximos de todos devido à ampla divulgação realizada pela imprensa de massa.

A este fator, agrega-se a questão da democracia delegativa, de cunho *hobbesiano*, construída, ainda em 1991, por Guillermo O' Donnell. Com efeito, previu o autor um fenômeno que estava para ocorrer em países da América Latina recentemente saídos de regimes autoritários. Referia-se a um novo modelo de democracia – a *democracia delegativa* – que se fundamenta em uma premissa básica: quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país conforme lhe parecer conveniente. O presidente é, assim, a encarnação da nação, o principal fiador do *interesse maior da nação*, que cabe a ele definir (O'DONNELL, 1991). Com efeito, nada poderia ser mais certo na futurologia de O' Donnell (1991), uma vez que, no Brasil, somos governados através de medidas provisórias que, apesar de terem se constituído em regime explicitamente inconstitucional, são pacificamente aceitas pelo Poder Judiciário.

Superar os limites impostos pelos fatores mencionados acima, é a tarefa de uma dogmática crítica e emancipatória, à moda do garantismo proposto por Ferrajoli (que no Brasil

que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias, da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre outros objetivos fundamentais da república, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz? Pois na cidade de Rio Claro, o promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 1998 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O Juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas*. Não houve contestação por parte. Este fato, complementa o Juiz, mostrou que é possível utilizar o Judiciário públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes”. Cf. RUIZ, Urbano. Democratizar o Judiciário. Folha de São Paulo, Cotidiano, p. 3-2. *apud* STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 187.

já são significativos trabalhos apresentados neste sentido), tal como a pesquisa se propõe a encampar.

Desta forma, necessita-se promover uma verdadeira resistência constitucional, nos termos que propõe Garcia Herrera, entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre os princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que varre nossa era, fatalmente contraditórios em relação àqueles: igualdade substancial frente ao mercado; solidariedade frente ao individualismo; programação frente a competitividade, etc. (STRECK, 2004).

Conforme assevera Streck (2004, p. 192-193), ancorado no pontificado de Herrera:

O novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais. Este processo de resistência constitucional implica, entre outras tarefas, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, mormente à jurisdição constitucional, através do controle difuso de constitucionalidade e do controle concentrado, sob suas várias formas (grifos do original).

Desta forma, as sentenças normativas (interpretação conforme a Constituição e Declaração de nulidade parcial sem redução de texto) aparecem como instrumentos indispensáveis para que tenha força a referida resistência constitucional, na medida em que defendem o conteúdo do texto constitucional em todas suas dimensões, sendo, portanto, mecanismos aptos a zelar pela força normativa da Constituição e dar efetividade dos Direitos Fundamentais.

3 À GUIA DE CONCLUSÃO - AS SENTENÇAS NORMATIVAS/REDEFINITÓRIAS NO INTERIOR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Por todo o exposto, podem-se acenar algumas conclusões:

I – o dogma do legislador negativo não passa de um mito construído pelo positivismo do início do século XX, que não tem condições de subsistir no interior de uma Constituição dirigente e compromissária, cunhada sob os moldes do neoconstitucionalismo, como é a brasileira de 1988.

II – há sim uma judicialização da política decorrente da invasão proporcionada pelo constitucionalismo do pós-guerra da política pelo direito, através da

concepção de Constituições materiais que estatuem o constituir da sociedade, a partir do estabelecimento de condições do agir político-estatal.

III – voltando os olhos para o Brasil – e tendo em vista a realidade histórico-social apresentada –, tanto uma visão procedimentalista da jurisdição constitucional, quanto uma visão substancialista, acarretaria uma “valorização do judiciário” (nos termos propostos nesta investigação) decorrentes do estado de pré-modernidade que, em muitos aspectos, ainda caracteriza a vida política brasileira.

A interpretação conforme a Constituição e a Declaração de nulidade parcial sem redução de texto aparecem, então, como mecanismos próprios da jurisdição constitucional e que aparelham o modelo de Estado Democrático de Direito para fazer valer os preceitos constitucionais, sendo cabível sua utilização tanto pela via direta/concentrada quanto pela via difusa.

No mais, ambos os mecanismos aparecem como instrumentos aptos para pôr freios à liberdade de conformação do legislador de índole liberal-positivista, no interior da qual se concebe a Constituição apenas em seu aspecto formal, sendo o seu texto entendido como um anteparo do cidadão contra a arbitrariedade do Estado. Isto é assim porque a Constituição, no Estado Democrático de Direito, mais do que qualquer outra coisa, é um remédio contra maiorias. Caso contrário, perder-se-ia a noção de rigidez constitucional.

No interior deste paradigma, é preciso ter em mente – insista-se – que o legislador está vinculado à Constituição, em todas as suas dimensões. Isto precisa ficar claro, na medida em que a não (pré) compreensão deste sentido proporcionado pela tradição constitucional do pós-guerra, reduzirá a Constituição a uma mera lista de propósitos, uma mera folha de papel, como diria Lassalle. Destarte, sendo vinculante, a Constituição passa a exercer um papel fundante no interior do tecido social, e aquilo que preceitua deve ser cumprido – ainda que a duras penas. Daí a importância da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto (para citar apenas as duas) que, como sentenças normativas/redefinitórias, apresentam uma (nova) possibilidade do *acontecer* da Constituição e do aparecimento/desvelamento de sua força normativa.

Falando em vinculação – fator que se apresenta intimamente ligado às sentenças normativas/redefinitórias – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, assevera que é preciso lutar pela Constituição e confiar na Constituição, entendendo que vinculação, na esteira de Canotilho, é a outra face da liberdade e da Justiça. Arremata dizendo que “[...] precisamos de

uma Justiça Constitucional que vá dar conta disso, para levar a cabo uma efetiva cidadania” (COUTINHO, 2003, p. 423).

É exatamente por isso, que se propõe aqui uma hermenêutica que foge ao tradicional apelo aos dogmatismos exegéticos que pode ser encontrada na orla do campo jurídico brasileiro. Em verdade, as sentenças normativas/redefinitórias aparecem com maior nitidez quando olhadas pela lente da hermenêutica filosófica, que (já) parte da premissa de que *toda interpretação é ato de criação*. Desta forma, a questão que é colocada como óbice/entreve para essa atividade *produtiva*, por assim dizer, do Judiciário, esbarra exatamente na questão da interferência judicial na vida política da nação, no mito do legislador negativo, numa separação de poderes – herança da revolução francesa – que privilegia o Legislador, que conforme *demonstrado está ultrapassada e não pode mais prevalecer em na praxis jurídico-política brasileira*.

Inexoravelmente, a norma não é obra exclusiva do legislador. Este apenas inicia um processo que termina com a aplicação da lei (do texto criado pelo legislador) pelo poder judiciário. *É desta aplicação que exsurge a norma*.

De fato, todo expediente hermenêutico depende da pré-compreensão do interprete (de seus pré-juízos) acerca das questões que serão por ele enfrentadas no ato interpretativo. Toda *norma* que nascerá *do ato interpretativo realizado pelo operador do Direito* dependerá do sentido (da compreensão, pois) que o intérprete tem de Constituição; de sua força normativa; da medida de vinculação à atividade do legislador; da natureza dos Direitos fundamentais, etc.; daí a importância da tradição em Gadamer (1999), uma vez que é a tradição – do ponto de vista hermenêutico – que lega ao intérprete sua carga de pré-juízos, que servirão de apoio para produção de sentido que emanará de sua interpretação.

A adequação da Jurisdição Constitucional ao paradigma do Estado Democrático de Direito, promove uma radicalização de suas atribuições, aceitando, portanto, em seu seio as sentenças normativas/redefinitórias. Tais institutos são mecanismos indispensáveis para a adequação do ordenamento jurídico infraconstitucional e do legislador ordinário ao texto Constitucional na medida da tradição legada pelo constitucionalismo do pós-guerra, em que *a Constituição não é mais vista como mera regra de fundo, mas sim como norma constituinte de uma nova sociedade*.

REFERÊNCIAS

(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 2, 2004.

BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. LVI. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas anotações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2 ed. Rio de Janeiro: forense, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CABRAL PINTO, Luiza Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, v. 3, p. 423, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del rey, 2004.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade Brasileira, São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. v. 1. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCIA HERRERA, Miguel Angel. **Prólogo a la segunda edición del manual de derecho constitucional**. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heide. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder judicial e democracia política: lições de um século. **Revista da AJURIS**, n. 35, t. 2, mar. 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MURPHY, Walter F. Judicial supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial power and the constitution**: selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

O' DONNEL, Guilherme. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, out. 1991.

RUIZ, Urbano. Democratizar o Judiciário. **Folha de São Paulo**, Cotidiano, p. 3-2.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHNEIDER, Hans Peter. La Constitución: función y estructura. In: **Democracia y Constitución**. Madrid: CEC, 1991.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, a. 8, n. 28, abr./jun. 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dútil**: ley, derechos, justicia. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.